

TESIS DOCTORAL

La Cesión de Créditos en el Comercio Internacional

Autor:

Luz María Rodríguez Mantecas

Director/es:

Marta García Mandaloniz

Tutor:

Marta García Mandaloniz

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

Getafe, Junio 2015

TESIS DOCTORAL

LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Autor: *Luz María Rodríguez Mantecas*

Director/es: *Marta García Mandaloniz*

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de de

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	7

CAPÍTULO I

LA EVOLUCIÓN E IMPORTANCIA HISTÓRICA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

1. Introducción.....	17
2. La transmisión de los créditos en el Derecho Romano	18
2.1 Primera etapa: <i>Delegatio-novatio</i>	21
2.2 Segunda etapa: <i>Procuratio in rem suam o mandato ad agendum</i>	22
2.3 Tercera etapa: “Acciones útiles”	26
2.4 Cuarta etapa: Desvinculación del mandato	27
3. La transmisión de los créditos en el Derecho Castellano	28
4. La consideración del crédito como bien patrimonial	30
5. La importancia de la cesión de créditos en la actualidad	32
5.1 La cesión de créditos en el Derecho europeo de los contratos	32
5.2 La cesión de créditos en la doctrina y en la jurisprudencia española	33
6. Consideraciones finales desde una perspectiva de derecho internacional: El principio de autonomía de la voluntad	37
6.1 La autonomía de la voluntad en relación con la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales internacionales	38
6.2 La autonomía de la voluntad en relación con el Derecho aplicable	43

CAPÍTULO II

LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE CESIÓN DE CRÉDITOS EN RELACIÓN A LA COMPETENCIA JUDICIAL

1. Introducción	51
2. Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 del Parlamento europeo y del Consejo sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil	52

2.1 Características básicas del Reglamento	54
2.2 Ámbitos de aplicación del Reglamento	61
i) Temporal	61
ii) Espacial	63
iii) Material	64
iv) Personal	70
2.3 Funcionamiento general de los foros del Reglamento	76
i) Introducción	76
ii) Foros exclusivos	77
iii) Foro de la sumisión expresa.....	79
a) Requisitos	80
b) Opciones de las partes	83
c) Condiciones formales y sustanciales	85
d) Efectos	89
iv) Foro de la sumisión tácita	94
v) Foro del domicilio del demandado	98
vi) Foro especial en razón de la materia.	106
a) Nociones generales	106
b) Materia contractual y alcance del foro	108
c) La obligación que sirve de base a la demanda y su lugar de ejecución	113
d) Los foros de compraventa de mercaderías y prestación de servicios	119
e) Otros contratos	124
2.4 El Reglamento 44 y otros Convenios Internacionales	132
2.5 Conclusiones	136

CAPÍTULO III

LEY APLICABLE EN MATERIA DE CESIÓN DE CRÉDITOS: LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS INTERNACIONALES

1. Las iniciativas legislativas internacionales en el ámbito privado.....	143
1.1 Introducción	144
1.2 Las reglas de la “Nueva <i>Lex Mercatoria</i> ”	148
1.3 Principios UNIDROIT sobre contratos internacionales.....	163
1.4 <i>Principles of European Contract Law</i> o Principios del Derecho Europeo de los contratos (PECL)	179
1.5 El Marco Común de referencia (<i>Draft Common Frame of Reference- DCFR</i>)	209
1.6 El Código Civil Europeo en materia contractual	224
1.7 Conclusiones	236

CAPÍTULO IV

LEY APLICABLE A LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO Y EN DERECHO INTERNO. ESPECIAL REFERENCIA AL REGLAMENTO ROMA I.

1. Iniciativas legislativas comunitarias: especial referencia al Reglamento 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como “Reglamento Roma I”	241
1.1 Ámbitos de aplicación	249
i) Personal	249
ii) Espacial	253
iii) Temporal	254
iv) Material	256
1.2 Ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes	262
i) Justificación histórica y concepto	265
ii) Condiciones de validez	269
a) Claridad en la elección de Ley	269
b) Elección de una Ley estatal	274

c) Requisitos relacionados con la capacidad, fondo y forma del contrato	282
d) Situaciones que impliquen un conflicto de leyes ..	286
iii) Posibilidades de las partes	293
a) Elección de Ley o leyes con vinculación objetiva ..	294
b) Elección de Ley o leyes sin vinculación objetiva ...	301
c) Momento en el que puede realizarse la elección de Ley	302
1.3 Ley aplicable en defecto de elección:	307
i) La lista del artículo 4.1	311
ii) Residencia habitual del prestador característico (art.4.2) ..	323
1.4 Ley aplicable en defecto de elección: cláusula de excepción (art. 4.3)	333
1.5 Ley aplicable en defecto de elección: cláusula de cierre (art. 4.4)	342
1.6 La cesión de créditos (art. 14)	346
1.7 Las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas ...	356
1.8 El artículo 10.5 del C.c.	362
1.9 Conclusiones	365

CAPÍTULO V

LA NORMATIVA NACIONAL EN CESIÓN DE CRÉDITOS

1. Ley aplicable en defecto de internacionalidad del litigio	373
1.1 La regulación en el Código de comercio	373
1.2 El anteproyecto de Ley del Código Mercantil	379
1.3 La regulación en el Código Civil	393
i) Los efectos de la cesión para el deudor cedido y los terceros	409
ii) Conocimiento de la cesión por el deudor cedido	410
a) Conocimiento directo	417
b) Conocimiento indirecto	425
c) El conocimiento de la cesión por el deudor hipotecario	426

d) Renuncia al conocimiento de la cesión por el deudor cedido	430
iii) Excepciones oponibles por el deudor cedido	432
iv) La cesión de créditos y los terceros	440
1.4 La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos	442
1.5 Conclusiones	449

CAPÍTULO VI

LA NECESIDAD DE UNIFORMIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: La Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, Nueva York 12 de diciembre de 2001 (Convención de UNCITRAL)

1. Características de la Convención	453
2. Ámbitos de aplicación de la Convención	459
2.1 Ámbito material	459
2.2 Ámbito espacial	463
3. Los efectos de la cesión	469
4. La situación jurídica del cedente y del cesionario	472
5. La situación jurídica del cesionario y el deudor	476
6. Los derechos de terceros frente al cesionario	483
7. La normativa de Derecho Internacional Privado y su relación con el Reglamento Roma I	491
8. Conclusiones	499

CAPÍTULO VII

LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL FACTORING INTERNACIONAL

1. Introducción	507
2. Origen y evolución del contrato de <i>factoring</i>	507
3. Normativa nacional en materia de <i>factoring</i>	511
3.1 Funciones del contrato de <i>factoring</i>	515
3.2 Tipos de <i>factoring</i>	524
3.3 La ley aplicable al contrato internacional de <i>factoring</i> : la determinación del prestador característico	527
4. El Tratado de Ottawa de 28 de mayo de 1988	536
4.1 Ámbito de aplicación y disposiciones generales	537
4.2 Derechos y obligaciones de las partes	542
4.3 Las cesiones sucesivas	546
4.4 Disposiciones finales	548
4.5 Consideraciones críticas respecto del Convenio de Ottawa	552
5. La relación de la Convención de Ottawa con otros instrumentos internacionales	557
6. <i>Lex mercatoria</i> : Autorreglamentación de la <i>Factor</i> <i>Chain Internacional</i>	560
6.1 Ámbito material: cadena interfactores	563
6.2 La autonomía de la voluntad	566
6.3 Sumisión al sistema arbitral	568
6.4 Conclusiones	570
CONCLUSIONES	575
BIBLIOGRAFIA	587
JURISPRUDENCIA	623

INTRODUCCIÓN

La importancia del crédito en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales es una cuestión innegable a tener en cuenta a lo largo de nuestro estudio. El comercio que conocemos hoy en día hunde sus raíces en una economía crediticia fuertemente desarrollada. Ya sea desde un punto de vista interno o desde un punto de vista internacional, el recurso al contrato de cesión de créditos ha venido siendo común, como técnica jurídica utilizada para actuar en los procesos de oferta y demanda para la financiación empresarial. En efecto, el contrato de cesión de créditos se plantea como causa de otro tipo de figuras jurídicas contractuales altamente conocidas en la práctica por los operadores del comercio y escasamente reguladas por los legisladores nacionales. Estamos haciendo referencia a los contratos de *factoring*, de *forfaiting*, de descuento bancario o de titulización, entre otros.

Todo ello nos lleva a plantearnos la necesidad de estudio del contrato de cesión de créditos desde un prisma internacional, en el que confluyen tanto el Derecho Internacional Privado como el Derecho Mercantil Internacional o Derecho Uniforme del Comercio Internacional con el fin de averiguar si los instrumentos internacionales o comunitarios que regulan la materia han sido capaces de adoptar soluciones altamente previsibles para las partes que actúan en el comercio internacional. La internacionalidad de los litigios que vamos a tratar en el presente estudio implica que sólo podremos acudir a las normas de producción interna cuando no pueda aplicarse al supuesto ningún instrumento internacional, con independencia del ámbito de actuación, es decir comunitario o extracomunitario.

Que nuestro estudio se realice desde un punto de vista internacional y, en su caso, comunitario no impide que en ocasiones tengamos que acudir a la normativa interna, que en el caso español se halla en una (doble) codificación obsoleta no acorde con la necesidad de agilidad del tráfico comercial habitual de los operadores. La existencia de una dicotomía en materia de cesión de créditos entre la regulación mercantil y la civil, junto con la falta de adecuación a las necesidades comerciales actuales, conduce a un incremento de la inseguridad jurídica; pudiendo desembocar en el temido efecto de disminución de las transacciones comerciales. La necesidad de renovación de la

legislación interna pasa por el hecho de admitir una cesión global de créditos con independencia de que sean presentes o futuros, como pretenden las nuevas propuestas legislativas de modificación de nuestros regímenes codificados decimonónicos.

Con ocasión de nuestro análisis comprobaremos que, a pesar de enfrentarnos a una materia altamente conocida e investigada por la doctrina jurídica, podemos encontrar cuestiones novedosas y muy específicas en relación con un contrato de cesión de créditos tanto desde una perspectiva internacional como comunitaria. Al hilo de esta afirmación trataremos de analizar varios hechos: por un lado, si la normativa existente en materia de cesión de créditos desde un punto de vista comunitario e internacional es suficiente para alcanzar la pretendida seguridad jurídica de las operaciones comerciales para, por otro lado, si no siendo así, valorar los posibles defectos existentes en los correspondientes ámbitos de actuación, proponiendo, en su caso, las correspondientes soluciones. En los ámbitos objeto de estudio, comunitario e internacional –no olvidando que sólo podrá acudir a la normativa interna en defecto de internacionalidad del litigio (no es nuestro caso) o cuando no sea aplicable en la práctica ningún instrumento internacional o comunitario– propondremos los argumentos que conformes o disconformes con la legislación actual existen en la materia como medio de consecución de la tan ansiada globalización y multiplicación de los mercados.

La contestación a las premisas anteriores será realizada a través de los siete capítulos en los que se divide la presente investigación. De entrada, en el capítulo I se demostrará la importancia histórica que la cesión de créditos ha tenido en el comercio internacional. El estudio se remonta al Derecho romano donde los comerciantes advertían la importancia del crédito y su posible tráfico como uno de los aspectos que propiamente justificaban el Derecho mercantil. Nos encontraremos a lo largo de este capítulo con un hecho elemental en nuestro estudio: la necesidad de superación del concepto tradicional de “crédito”, que se hace imprescindible para alcanzar un aumento de las transacciones comerciales en esta materia.

Los operadores comerciales que actúan en el ámbito internacional o comunitario bajo un contrato de cesión de créditos tendrán motivación a la hora de seguir con su actividad cuando se encuentren con una legislación ágil y veloz. Ésta sólo estará ajustada a las necesidades del tráfico comercial cuando exista cierta uniformidad

legislativa; la cual se debe predicar tanto en el campo comunitario como en el internacional. Lo anterior acabaría con los problemas de incompatibilidad entre sentencias en aquellos supuestos en los que las partes no han sido previsoras y no han hecho uso de su derecho de autonomía de la voluntad a la hora de elegir tanto el Derecho aplicable como los tribunales competentes para resolver un futuro litigio en materia de cesión de créditos.

Las dificultades anteriores comenzarán a ser resueltas a través de nuestro capítulo II, donde tendremos ocasión de desarrollar la normativa comunitaria en materia de cesión de créditos en relación con la competencia judicial internacional. En este ámbito nos enfrentaremos a un Reglamento comunitario de reciente creación como es el Reglamento comunitario 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este capítulo nos ayudará a entender los tribunales que serán competentes para conocer de un litigio de cesión de créditos en el ámbito comunitario. Sólo cuando las partes sepan de antemano cuál será el tribunal competente para conocer de su litigio y, en su caso, si la sentencia relacionada con el contrato de cesión de créditos es reconocida o ejecutada en un país vinculado con el contrato, se alcanzará la pretendida seguridad jurídica y, por ende, el aumento de las transacciones comerciales. De nuevo, debemos traer a colación la siguiente idea: sólo podrá recurrirse a la normativa interna de cara a determinar los tribunales competentes, en defecto de internacionalidad del contrato de cesión de créditos (no es nuestro caso) o cuando no pueda aplicarse al supuesto ningún instrumento internacional o comunitario por no darse los ámbitos de aplicación. Para este supuesto se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado españolas, que serán objeto de estudio en la parte final de este capítulo. Por todo ello, se procederá en este capítulo a la identificación y, en su caso, valoración de los problemas con los que se enfrentan los operadores del comercio internacional desde una perspectiva estrictamente comunitaria.

En la práctica puede darse la hipótesis de que las partes sean altamente previsoras a la hora de celebrar un contrato de cesión de créditos y prevean no sólo los tribunales competentes para resolver el litigio sino también el Derecho internacional o comunitario aplicable al caso. Los obstáculos al comercio en este terreno se reducen cuando son los

propios intervinientes en los mercados los que seleccionan como aplicable a su contrato de cesión de créditos un determinado ordenamiento jurídico. Los capítulos III y IV están destinados a profundizar en esta materia, en definitiva, en la Ley aplicable.

En el capítulo III nos haremos eco de las iniciativas legislativas internacionales en el ámbito privado. Analizaremos las prácticas comúnmente aceptadas por las partes en el comercio internacional, en definitiva los usos, y si estos pueden por sí mismos regular un determinado contrato de cesión de créditos o, por el contrario, tendrán que ir acompañados de la correspondiente normativa comunitaria o internacional. Prestando especial atención a las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*”, como el conjunto de normas creadas por y para los comerciantes y aplicadas por los árbitros en la resolución de los litigios; junto con los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos entendidos como aquellas reglas jurídicas que forman una suerte de Código Uniforme en materia de contratos internacionales a los que se añade la influencia directa de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 junto con otros instrumentos codificadores en la misma materia. Lo mismo sucedería con los Principios Lando, considerados también como cláusulas que se incorporan al contrato fruto de la autonomía de la voluntad.

De cualquier forma, trataremos de averiguar si los propios comerciantes como intervinientes en el ámbito comunitario o internacional son los sujetos más adecuados para regular sus propias prácticas y hasta qué punto las cláusulas incorporadas al contrato fruto de la autorreglamentación, son por sí mismas válidas como referente de Derecho aplicable a un contrato de cesión de créditos sin necesidad de recurrir a ningún otro instrumento jurídico. Tendremos en cuenta, en última instancia, la posible fuerza coercitiva o no de los instrumentos internacionales en presencia.

El cometido del capítulo IV guarda relación expresa con el anterior, siendo la unidad entre los mismos una cuestión imprescindible a lo largo del presente análisis. Su finalidad vendrá determinada por el hecho de averiguar la legislación aplicable a un contrato de cesión de créditos pero en el ámbito comunitario. Para ello se hará necesario considerar los puntos de conexión del Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Debemos recordar nuevamente que sólo se podrá recurrir a las normas de Derecho Internacional Privado de producción

interna en materia de derecho aplicable –objeto de estudio al final del capítulo– cuando, pese a encontrarnos ante una situación privada internacional, no sea aplicable al específico contrato de cesión de créditos ningún instrumento internacional o comunitario por no darse ninguno de los ámbitos de aplicación (lo cual es algo muy inusual en la práctica). Esto implica que sólo podrán aplicarse las normas civiles o mercantiles internas del concreto Estado, en nuestro caso españolas, cuando el supuesto carezca de internacionalidad; lo cual queda fuera de nuestro objeto de estudio. En último extremo, habrá que tener presente que las partes serán las más interesadas en que a su contrato de cesión de créditos le sea de aplicación un Derecho altamente conocido por ellas; en tal caso, no tendrán ningún inconveniente en realizar operaciones transfronterizas. La previsibilidad de la Ley aplicable y en su caso de la sentencia dictada por las autoridades comunitarias, sólo se conseguirá cuando el Derecho aplicable a un contrato de cesión de créditos sea un Derecho suficientemente vinculado.

No obstante lo anterior y a pesar de que nuestro objeto principal de estudio es la cesión de créditos en el ámbito internacional y comunitario, hemos creído oportuno realizar un somero examen de la normativa interna española en el ámbito de la cesión de créditos; normativa que sólo será aplicable a los contratos de cesión de créditos meramente internos en los que no exista ningún elemento que internacionalice la situación privada. Tal es la tarea a la que se circunscribe el capítulo V. En este ámbito entendemos imprescindible comentar en líneas generales tanto la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos como el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil –a la espera de su validez jurídica– como mecanismos a través de los cuales pueda llegar a adecuarse nuestra obsoleta regulación en materia de cesión de créditos. El problema fundamental al que nos seguimos enfrentando es la temida dualidad en materia civil y mercantil. Los retos de la globalización se intentarán afrontar con una Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos prácticamente abandonada y un Anteproyecto de Código Mercantil elaborado por la Sección segunda de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación sin ningún tipo de comunicación con su Sección Primera. Nos situamos ante un problema novedoso y actual en relación con nuestra legislación interna, por cuanto el Anteproyecto de Código Mercantil finalmente se hace eco de la figura jurídica del contrato de factoraje, basada en la cesión. A pesar de que queda fuera del ámbito de nuestro estudio –por no existir al menos un elemento

que internacionalice el contrato de cesión de créditos– entendemos que es un capítulo a tener en cuenta, pues sólo cuando los países de nuestro entorno tengan una normativa más o menos homogénea en la materia podrá conseguirse también la pretendida uniformidad a escala internacional o comunitaria; y muy a nuestro pesar no es lo que sucede con la normativa española actual. Los operadores internacionales podrían no querer entablar relaciones comerciales con agentes de aquellos países en los que exista una legislación obsoleta y formalista. Existirá, por ende, cierta incertidumbre al entender que en defecto de aplicación a su contrato de cesión de créditos de un instrumento internacional o comunitario pueda aplicarse una legislación escasamente favorable para sus intereses; lo cual provocará en última instancia una ralentización de las prácticas comerciales. La única opción posible para evitar lo anterior sería que fueran los propios comerciantes los que hicieran uso de su derecho de autonomía de la voluntad y previeran tanto el Derecho aplicable como los tribunales competentes en caso de litigio para evitar la aplicación de la “*lex fori*” y el temido nacionalismo judicial.

La inclusión del citado capítulo dentro de nuestro estudio simplemente tiene esa finalidad: dejar latente la necesidad de cambio. Sólo cuando contemos con una normativa interna adaptada a las necesidades del tráfico comercial podremos competir en igual de condiciones con el resto de operadores comerciales internacionales. Siendo imprescindibles, pues, los cambios en el sector, para evitar que se siga entorpeciendo la actividad de las comerciantes españoles en los cada vez más competitivos y difíciles mercados internacionales en materia de cesión de créditos. Y, a la inversa, los operadores internacionales “invadirán nuestro mercado” cuando entiendan que a sus prácticas comerciales les será de aplicación una legislación adaptada a sus necesidades comerciales, lo cual desencadenará en una reducción de los costes. Además, sólo cuando exista cierta uniformidad a escala interna y nuestra legislación acabe equiparándose a la del resto de países de nuestro entorno, se eliminarán las trabas existentes de cara a firmar nuevos instrumentos internacionales en el ámbito de la cesión de créditos.

Pero, para que las operaciones comerciales con origen en un contrato de cesión de créditos puedan realizarse en la práctica internacional con el menor riesgo posible y, en su caso, con el menor coste de la transacción será necesario que la pretendida

uniformidad expanda sus límites más allá de los confines comunitarios. El capítulo VI girará entorno a esa cuestión en relación con un instrumento internacional específico: la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional. Comprobaremos si el articulado de la misma se ajusta o no a las necesidades del tráfico comercial en materia de cesión de créditos; entendiendo que el operador del comercio internacional realizará un contrato de cesión de créditos fuera del ámbito comunitario cuando los costes no sean elevados; y la minoración de los costes pasará por la previsibilidad del Derecho aplicable. En definitiva, las partes deberán conocer el Derecho aplicable con independencia del lugar donde se encuentren y con independencia también de los vínculos que su contrato tenga con diferentes países.

El último capítulo, el VII, es inseparable del anterior. Sin embargo, nos encontraremos con un instrumento internacional que trata una cuestión novedosa en relación con nuestra legislación. Tendremos ocasión de desarrollar las disposiciones contenidas en el Tratado de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre *factoring* internacional. Todos los capítulos tendrán un origen común: el contrato de cesión de créditos; sin embargo, éste último destacará por encontrarnos ante una figura inusual en nuestra legislación vigente: el contrato de *factoring*. Si los operadores del comercio internacional ambicionan un Derecho uniforme en materia de cesión de créditos, la misma aspiración podría desencadenarse en relación con un contrato de *factoring* internacional en el que nos encontramos con empresarios especializados. Una legislación ágil garantizaría la seguridad jurídica y, en su caso, la certeza de las transacciones comerciales. A lo largo de todo el capítulo final desarrollaremos las virtudes y limitaciones del citado instrumento internacional y, en última instancia, el posible recurso a la “autorreglamentación”.

Junto a la materia hay que aludir en estas primeras páginas introductorias al método. El lector habrá podido intuir desde el comienzo de estas líneas preliminares que la cesión de créditos –sobre la que fluyen los siete capítulos de este trabajo de investigación en forma de Tesis Doctoral– ha sido objeto de estudio en numerosas obras (como quedará de manifiesto en la bibliografía objeto de recopilación en el presente estudio, sin perjuicio de las posibles e involuntarias omisiones). La cesión ha sido y probablemente seguirá siendo objeto de análisis y discusión por los eruditos del Derecho en relación con las eventuales modificaciones que tanto la práctica legislativa

como comercial puedan producir en la materia. Sin embargo, debemos mencionar que la presente investigación opta por un enfoque distinto, puesto que, a la complejidad de la materia (con figuras desconocidas en la vigente legislación española como sucede especialmente con el contrato de *factoring*), se une el hecho de analizarlo de manera conjunta desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado (conflictos de leyes) y desde el del Derecho Uniforme del Comercio Internacional o Derecho Mercantil Internacional. El enfoque diferente del análisis viene aportado, entonces, por la perspectiva horizontal desde la que se aborda la cesión de los créditos. Se analizará la normativa existente tanto a escala comunitaria como a escala internacional, desencadenando todo en la correspondiente interrelación entre los instrumentos internacionales en presencia. Ello implica examinar numerosas concordancias o discrepancias, de lo cual pudieran carecer los estudios doctrinales circunscritos a un solo ámbito de actuación.

Esta óptica viene justificada en el hecho de que los operadores del comercio internacional antes de adentrarse en una operación transfronteriza querrán conocer no sólo los costes de las transacciones internacionales y, por ende, el medio a través de los cuáles los mismos puedan ser reducidos, sino también los tribunales competentes en caso de litigio y la legislación aplicable a su situación privada internacional. Todo finalizaría con el posible reconocimiento y, en su caso, ejecución de la sentencia en el concreto país. En definitiva, para que las operaciones comerciales con origen en un contrato de cesión de créditos se desenvuelvan en el comercio internacional con el menor coste posible será necesaria fluidez, y ésta se conseguirá a través de normas jurídicas uniformes con expectativas de aplicación más allá de sus fronteras.

Una vez que hemos desarrollado la materia y el método, no quisiéramos dar por concluida esta Introducción sin aludir a los materiales utilizados en la elaboración de la presente Tesis Doctoral. Las fuentes utilizadas han sido principalmente las legislativas, junto con las doctrinales y jurisprudenciales; estas últimas principalmente en el ámbito comunitario. En relación con el contrato de cesión de créditos internacional y, en particular, con el contrato de *factoring* hay que tener en consideración que en el ámbito español la jurisprudencia o las Resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado no son abundantes. Incluso, comprobaremos en los correspondientes capítulos, cómo los tribunales españoles no han estado en ocasiones

acertados a la hora de aplicar los instrumentos comunitarios a un contrato de créditos en el que existía algún elemento que internacionalizara la cesión o al contrato de *factoring* correspondiente. Más acertadas en este ámbito parecen ser las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con independencia de que nos encontráramos en el ámbito de determinación de la competencia judicial internacional o reconocimiento y ejecución de la posible sentencia o en la esfera de la determinación del Derecho aplicable a un contrato de cesión de créditos.

Las obras bibliográficas de las que nos haremos eco en este trabajo serán mencionadas por orden alfabético en la parte final del trabajo. Si grande ha sido el esfuerzo realizado con la bibliografía no ha sido menor el relacionado con la legislación; por la cantidad y por su dispersión jurídica. Una legislación no sólo con grandes contactos entre sí, sino con constantes y profundas modificaciones acordes con los tiempos actuales y con las necesidades económicas. La necesidad de agilidad en la materia no impedirá su constante actualización. Nos encontramos, en suma, con un campo de estudio ágil por entroncar con la práctica internacional y comunitaria de cesión de créditos, desde la que los valientes emprendedores abren las puertas al comercio transnacional.

CAPÍTULO I

LA IMPORTANCIA HISTÓRICA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

1. Introducción

“¿[Q]ué es el crédito, en último resultado, más que el anticipo de un capital, que lleva en sí necesariamente envuelta la seguridad de su devolución? Resultado sencillo, á la verdad, pero de fecundas consecuencias; porque el crédito ha llevado á la circulación de la riqueza (...)”. “Era forzoso que el hombre perfeccionase tan gran descubrimiento [en referencia al crédito]; y pues que logró con la moneda obtener productos que necesitaba, y más tarde pudo alterar este orden natural de los factores, es decir, obtener la moneda que necesitaba, mediante en cambio, no ya sólo de productos (...)”. La validez de esta afirmación parece evidente; y sin embargo, fue hecha hace más de ciento cincuenta años¹.

Razonar en torno a la importancia, tanto económica como jurídica, del crédito y de su tráfico es tanto como incidir en uno de los aspectos que justifican, entre otros muchos, el Derecho Mercantil como disciplina. Como expuso con claridad GARRIGUES en relación al momento de exigibilidad en el cumplimiento de las obligaciones (art. 62 del C de c.), “[l]a exigibilidad “desde luego” de la obligación pura, es decir, inmediatamente después de contraída, según el Derecho civil (art. 1.113 del C.c), es inconciliable con la conveniencias del tráfico mercantil, donde generalmente se opera a base de crédito, es decir, sobre la base de que la contraprestación no sea inmediata a la prestación ”². En la misma línea, y en referencia al contrato de préstamo mercantil, se ha afirmado con razón que “[e]n la existencia del préstamo se basa la vida del crédito, y como el comercio sin el crédito arrastraría una vida miserable, de aquí que sea éste uno de los contratos más importantes del Derecho mercantil, pues a parte de

¹ Vid. PANTOJA Y LLORET., *Ley Hipotecaria comentada y explicada*, Tomo 1º, 1861, p.5.

² Vid. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, 7ª ed., T. II, Madrid, Gráficas Aguirre, 1980, p. 6.

que todo comerciante hace infinitas operaciones de préstamo, las diversas combinaciones a que tal contrato se presta, dan lugar al comercio de Banca”³.

A lo largo del tiempo las estructuras económicas han cambiado mucho, aunque los planteamientos de base son esencialmente los mismos. Que las estructuras económicas han cambiado es evidente: existe una tendencia al crecimiento supranacional, favorecido por la progresiva desaparición de las barreras económicas, políticas, jurídicas e incluso culturales entre los países, que podían entorpecer las transacciones desde el punto de vista de la seguridad jurídica⁴. Dicha desaparición de barreras se ha producido fundamentalmente a través de instrumentos internacionales que dotan a las operaciones de un régimen más o menos uniforme. Buenos ejemplos de ello los encontramos –como es evidente- en el ámbito comunitario: la Convención de Viena de 1980 es un clarísimo ejemplo de esta nueva estructura económica, en el marco de la compraventa internacional de mercaderías. El tráfico de créditos no supone una excepción a estas nuevas estructuras económicas y jurídicas. Sin embargo, no siempre ha sido así. En este sentido, podríamos señalar las distintas etapas en la evolución histórica en la cesión de los créditos.

2. La transmisión de los créditos en el Derecho Romano

Los comienzos vinieron marcados por el carácter esencialmente personal del binomio crédito-deuda, lo que implicaba esencialmente la intransmisibilidad de las obligaciones tanto *inter vivos* como *mortis causa*. La cesión era configurada como “un derecho extraño”⁵. Parece incontestable que en el Derecho primitivo las obligaciones no se transmitían activa ni pasivamente, no ya sólo *inter vivos* sino tan siquiera *mortis causa*. La obligación originariamente era intransmisible, como se deducía del planteamiento de GIRAD, ESMEIN, CUQ, BAVIERA, no sin oposición por parte de

³ Vid. BENITO, L., *Las bases del Derecho mercantil*, Manuales Soler nº XXXIV, Barcelona: Sucesores de Manuel Soler, 1903, pp.145-146.

⁴ DE FORONDA, Valentín., ya en un escrito de 1788, es claro al respecto: “Vmd. querra que prospere su Principado. Vmd. querrá que llegue á su mas alto grado de poder y esplendor; pues esto es facilísimo. Dé Vmd. al comercio la misma libertad que dará á las artes” –recogido en *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía-política y sobre las leyes criminales*, Tomo 1º., 3ª ed., 1821, pp. 77-78.

⁵ Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-2º, Contratos en particular, Segunda edición revisada y ampliada, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 227 y ss.

otros autores como NICOTRA, FADDA. Los “legisladores romanos”⁶ no concebían que un deudor quedara obligado para con una nueva persona, en nuestro caso un nuevo acreedor, a través de un negocio del que él no había formado parte y del que simplemente había tenido conocimiento⁷. Lo anterior puede ser explicado a través de varios datos. En primer lugar, el propio concepto que se tenía en la época de “*obligatio*”: se entendía que estaba haciendo referencia a la “ligadura o atadura del persona”, es decir, el deudor sólo podía quedar vinculado al nuevo acreedor cuando en la transmisión del crédito se hubieran cumplido las mismas formalidades que con el primer acreedor⁸. La segunda razón vendría determinada por el hecho de que solamente las cosas corporales podían ser transmitidas por la entrega física. Los derechos cuya entrega no era física no podían transmitirse. La transmisión del crédito se consideraba como algo “peligroso”. Un ejemplo de lo anterior es el Código de Justiniano donde se indicaba que “el cesionario sólo podía exigir al deudor lo que el había pagado” y por otro lado se establecía que no podrían realizarse “cesiones a favor de personas más poderosas que el cedente”⁹.

Este principio de intransmisibilidad activa y pasiva de las obligaciones, aun *mortis causa*, es el que armoniza mejor con el carácter originario de la obligación. La prohibición de las estipulaciones *post mortem* es una regla de Derecho clásico, cuya explicación suficiente no se encuentra sino retro trayéndonos a aquella época en que las obligaciones eran intransmisibles. GAYO intentó justificarla señalando que “sería contrario á la elegancia del derecho que una obligación tomase nacimiento en la persona del heredero (*inelegans visum est ex haeredis persona incipere obligationem*)”. Lo anterior derivaba del hecho de que los créditos en esta época no tenía la importancia de nuestros días¹⁰.

⁶ Llegados a este punto debemos hacer constancia de una idea fundamental: Las soluciones jurídicas aportadas en esta época en relación con nuestro objeto de estudio (la cesión de créditos); no provienen inicialmente de las leyes sino de decisiones judiciales y medidas pretorias, un ejemplo de lo anterior lo encontraríamos en la “acción para la transposición de personas” y las “acciones útiles”.

⁷ Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis., “Cesión de créditos” en Código europeo de contratos: Libro I: De los contratos en general, Libro II, Título I: De la Compraventa”, Academia de Pavia en *Biblioteca Iberoamericana de Derecho*, Madrid, ed., Reus, 2009, p. 483.

⁸ *Ibidem*, p. 484.

⁹ *Ibidem*, Vid. (C.4.35.22) y (C.2.13.2) respectivamente.

¹⁰ *Ibidem*: “Verdad es que los créditos en la sociedad antigua constituían un elemento poco importante de la fortuna de los ciudadanos, un elemento poco apreciado. La intransmisibilidad no tiene, como dice CUQ, el carácter chocante que hoy tendría; no había entonces vastas empresas que exigiesen la celebración de contratos á largo plazo (...)”¹⁰.

Después se admite la posibilidad de transmitir los créditos y las deudas *mortis causa*¹¹. La citada opción se plantea por primera vez en los supuestos de sucesión *mortis causa*. Se entendía que lo lógico era que el heredero sucediera al causante en todas aquellas relaciones jurídicas con excepción de las personales y, por ello, exceptuando las que se extinguen con la propia muerte¹². En el Derecho romano no era posible un cambio de partes de la relación jurídica en los supuestos de cesión de créditos, salvo por la vía de cesión universal¹³.

Los créditos al igual que las deudas no podían ser objeto de transmisión por actos *inter vivos* en el Derecho romano. Se entendía que los créditos y las acciones no podían separarse de su titular¹⁴. La postura anterior era lógica, puesto que nos encontrábamos ante una sociedad en la que el comercio estaba muy poco regulado al estar la mayoría de las riquezas en manos de unos pocos, por ello el deudor debía responder de sus deudas de forma personal. Existe una idea latente a lo largo de este epígrafe: la dificultad del Derecho romano para hallar un expediente jurídico específico que sirviese para la transmisión de las obligaciones y más concretamente de los créditos, con la excepción de la transmisión realizada a título universal y “*mortis causa*” –herencia- o *inter vivos* -*adrogatio* y matrimonio *cum manu*- Entre otras razones por el propio modo originario de entender la obligación cuya etimología (*ob-ligatio*) ya pone de manifiesto que implicaba la propia sujeción personal del deudor. Los medios jurídicos que se utilizaron a lo largo de la historia del Derecho romano para alcanzar la finalidad

¹¹ *Ibidem.*, pp. 145-146.

¹² *Ibidem.*, p. 151: “El primer portillo que se abrió en este dogma de intransmisibilidad de las obligaciones, fué la sucesión universal *mortis causa* (...). El heredero se subroga en el lugar del antecesor frente a todas sus relaciones jurídicas, á excepción de aquellas que se extinguen con su muerte”.

¹³ GAVIDIA SANCHEZ, J.V., *La cesión de créditos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 22. En la misma línea, IGLESIAS, J. *Derecho Romano*, Madrid, Ariel, 2004, 322-323, así como, 6ª ed. revisada, 1972. p. 523, que cita a GAYO 2, 38. También, MIQUEL, J. *Derecho Privado Romano*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 284-285. De forma coincidente con este planteamiento Vid: “En el derecho romano únicamente por vía de sucesión universal (...) era posible un cambio del acreedor y del deudor subsistiendo la obligación; la sucesión singular en el crédito o en el débito no fue conocida en el derecho romano”

¹⁴ Una aplicación práctica de lo anterior lo encontramos en ACURSIO., Glosa a D. 15,1,16: *Quae nomina sirve acciones non possunt separari a domino, sicut nec anima a corpore*. El citado autor entendía que “los créditos y acciones no podían separarse de su titular como el alma del cuerpo”. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. QUINTANA ORIVE, Elena., BLANCH NOUGUÉS, José María., “Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*”, en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, Nº 45, 1998, p. 321. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. nota al pie número 1.

práctica de traspasar la obligación desde el lado activo son los que se relacionarán a continuación.

2.1 Primera etapa: *Delegatio-novatio*

A partir de la era de la República empieza a admitirse la posibilidad de la transmisión de los créditos y deudas por actos *inter vivos*¹⁵. Podríamos hablar de una primera etapa en la que existe una delegación activa a modo de novación. No obstante, no se puede hablar de un contrato de cesión de créditos propiamente dicho ya que la obligación novada no era igual a la primitiva y por ello, siempre se exigirá el consentimiento del deudor; en definitiva la propia transmisión del crédito supondrá la extinción de las garantías de la primera obligación.

El instrumento de la novación no estaba exento de dificultades. Los efectos prácticos de la cesión se producían cuando había un cambio en los sujetos y, por ello, una novación en el contrato. El problema vendría determinado por el hecho de que la novación era una figura jurídica diferente a la sucesión, ya que en este supuesto nos encontramos con que la obligación originaria y en su momento principal desaparece para dar lugar a otra obligación nueva, en la mayoría de los casos con sujetos nuevos. Todo lo cual conlleva numerosos inconvenientes para el caso concreto, puesto que se extinguirán todos los privilegios y las correspondientes garantías que la obligación originaria. Además, había que tener presente que en el supuesto de novación de la relación jurídica se produce un cambio en la figura jurídica del acreedor que en la mayoría de los supuestos implicaba como mínimo el consentimiento del deudor. Los citados inconvenientes supondrán un retraso en las transacciones comerciales difícilmente llevaderas en los tiempos en los que el comercio jurídico alcanza un alto grado de desarrollo. Se plantea entonces la necesidad de buscar un medio que hiciera más fácil esta transmisión de obligaciones. Definitivamente se entendió que la transmisión de las obligaciones y, en nuestro caso, la transmisión del crédito debía realizarse a través de una figura jurídica lo más sencilla posible. En este momento es cuando adquiere importancia la figura jurídica de la representación procesal¹⁶. Estas dificultades se ponen de manifiesto desde el instante en que, para que pudiera sustituirse

¹⁵ *Ibidem*, pp. 322-323.

¹⁶ *Ibidem*.

la figura del acreedor y, por ello, producirse una novación en la relación jurídica, era imprescindible el consentimiento del deudor¹⁷.

Si el deudor daba su consentimiento, no sólo se producía un cambio en la situación del acreedor sino que, además, se extinguían todos los derechos accesorios unidos al crédito. “La novación tenía el grave inconveniente de no transportar siempre los beneficios del crédito (pues no olvidemos que la antigua obligación moría llevando á la fosa sus accesorios), además de requerir el consentimiento del deudor, lo que ciertamente embarazaba, dificultaba y estorbaba la operación. Había que idear otro medio más fácil y menos insuficiente para el transmisario”¹⁸. En el mismo sentido, se ha explicado que las obligaciones con independencia de su naturaleza, no podrán transmitirse por la vía de la *mancipatio, in iure cessio y traditio*. En definitiva, se entendía que para que la transmisión tuviera efectos jurídicos plenos ésta no podría realizarse por los métodos tradicionales de transmisión de las cosas corporales, sino que sólo podría realizarse a través de la novación y, por consiguiente, a través de un cambio en la figura jurídica del acreedor¹⁹. Podemos comprobar que en esta etapa no había una propia y verdadera transmisión del crédito y, por ende, de la figura jurídica de la cesión concebida en nuestros días, puesto que la misma sólo tendría todos los efectos jurídicos cuando se diera el consentimiento del deudor, que “ha de prometer al nuevo acreedor el *idem debitum*”²⁰.

2.2 Segunda etapa: *Procuratio in rem suam o mandato ad agendum*

Las necesidades del tráfico comercial de la época conllevan numerosas cesiones de créditos o cesiones de deudas entre los ciudadanos basadas en relaciones de confianza²¹. En todo caso, la entrega del título correspondiente convertía simplemente al cesionario

¹⁷ Vid. GAVIDIA SANCHEZ, J. V., *La cesión...*, op. cit., p. 22.

¹⁸ Vid. JÖRS, P., *Derecho Privado...*, op. cit., p. 167.

¹⁹ GAYO, 2, 38. “las obligaciones, sea cual fuere su clase, no son susceptibles de transmisión por *mancipatio, in iure cessio y traditio*. Si una persona quiere hacer a otra acreedora de lo que a ella es debido, no puede conseguirlo por ninguno de los modos según los cuales se transmiten las cosas corporales, sino que precisa recurrir a una novación con cambio de acreedor – delegación activa”

²⁰ Vid. IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, op. cit., p. 523. Que cita a Gayo 2, 38.

²¹ Como señalan los autores anteriores: “La utilización de *chirographos* griegos o de *cauciones debiti* como instrumentos probatorios y cuya entrega por el acreedor a un tercero podía servir de instrumento para la efectiva cesión de un crédito entre particulares que basan sus relaciones de confianza recíproca. Más difícil resultaba la cesión de deudas por este simple procedimiento ya que entonces era necesario, de todos modos y como requisito fundamental, el consentimiento del acreedor”.

en mandatario del cedente. En este momento se podría hablar de una segunda etapa: *procuratio in rem suam* o *mandato ad agendum*. Nos encontrábamos con un mandato en el que existía la posibilidad de reclamar el crédito por la vía procesal a semejanza de lo que sucedía con la representación. Para el supuesto de existir condena cobraría el mandatario cesionario que actuaba en beneficio propio y en nombre del mandante.

Tanto la *cognitio* como la *procuratio in rem suam* “constituyen las formas de representación procesal ideadas por la jurisprudencia romana para su aplicación en diversos campos”²². Si no podemos hablar de la admisión de la transmisión de los créditos y deudas por actos *inter vivos*, sí tendrá como resultado el efecto económico de lo anterior. Como hemos indicado anteriormente nos encontramos ante un mero desarrollo de la figura jurídica de la representación procesal, sin embargo poco a poco se va admitiendo la posibilidad de transmisión de los créditos y deudas por actos *inter vivos*. En la práctica se traducía en que el enajenante del crédito seguía siendo el titular del mismo transmitiendo simplemente el ejercicio del derecho pero siempre en su propio interés²³. Los problemas en este momento se plantean por el hecho de la falta de independencia en relación con la figura jurídica de la representación. Para el supuesto de un contrato de cesión de créditos no era necesario el consentimiento del deudor (a semejanza de lo que sucedía en la *delegatio*); sin embargo, el cesionario se veía muy desprotegido ya que el cedente como titular del crédito podía revocar libremente su consentimiento hasta el momento de la *litis contestatio*. El cedente podía pedir el pago al deudor, pactar la resolución del contrato e incluso en caso de fallecimiento la titularidad recaía en su heredero²⁴.

Las dificultades que se han puesto de manifiesto hasta aquí nos llevan de la mano a la segunda etapa señalada. La segunda etapa coincide con el supuesto en el que el acreedor decide transmitir su derecho a otra persona. Así pues, será ese nuevo sujeto interviniente en la relación jurídica el que exija el crédito al deudor. En estos casos, el nuevo acreedor actúa como mandatario del primer acreedor. En este momento es

²² *Ibidem*, pp. 327-328.

²³ PROVERA, Giuseppe., “Una Costituzione diocleziana in tema di solidarietà e regresso”, C.I. 8.39 (40). 1 (2), in *Collana della Revista di Diritto Romano, Scritti Giuridici*, 10 p. Vid en línea <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/scrittiprovera.html> (última visualización mayo 2015)

²⁴ QUINTANA ORIVE, Elena., BLANCH NOUGUÉS, José María., “Nuevas consideraciones...”, op. cit., p. 330.

cuando podemos hablar de la cesión propiamente dicha configurada como *cessio actionum*. En definitiva, el cedente seguía siendo el acreedor en relación con los terceros intervinientes; sin embargo, el nuevo acreedor o, en nuestro caso, el cesionario era el encargado de ejercitar el derecho de cobro. De nuevo, debemos tener en cuenta que en este periodo el cesionario simplemente era configurado como un simple mandatario del cedente, pero con un derecho propio, es decir, un procurador *in rem suam*. Así es como empieza a alcanzarse la coherencia o el equilibrio entre dos principios básicos en materia de cesión de créditos: por un lado, los créditos podrán ser comercializados sin necesidad de contar con el consentimiento expreso del deudor y, por otro lado, no podrá realizarse la sucesión a título individual²⁵. Con esta etapa los valores económicos y patrimoniales van adquiriendo importancia “como objeto de negociación de tal modo que la cesión de créditos no aparece *a priori* como algo a anatemizar”²⁶.

Otra cuestión era averiguar cuál sería el instrumento normativo utilizado para conseguir el efecto traslativo²⁷. Es decir, para realizar la cesión era necesario adecuar el derecho de hacerlo efectivo *cessio actionum*, sin vulnerar el principio de intransmisibilidad de los créditos *inter vivos*²⁸. El acreedor pedía a otra persona que hiciera efectivo el crédito que tenía frente al deudor. En definitiva, era un *mandatum ad agendum*. El nuevo acreedor y, por ello el representante (*cognitor* o procurador) podrían obtener una sentencia a su favor de cara a ejercitar el derecho de crédito²⁹.

²⁵ *Ibidem*: “los romanos encontraron otro expediente: el acreedor transmitirá á otra persona el derecho de ejercicio de su crédito, es decir, le encargaba de exigir el crédito, como si fuese mandatario suyo. Esta transmisión del derecho de ejercicio se llama cesión de crédito. Mediante esta *cessio actionum* el cedente quedaba acreedor frente á terceros, mientras confería á cesionario el ejercicio del crédito. El cesionario, propiamente, no era sucesor del acreedor, sino un simple mandatario del otro, aunque en ventaja propia: un procurador *in rem suam*. De este modo se trataban de conciliar dos ideas que no se armonizaban en aquel sistema de derecho: de un lado la comerciabilidad de los créditos (que requerían que pudieran transmitirse sin contar con el deudor) y de otro la imposibilidad inherente á la naturaleza de la obligación, de suceder á título singular en el vínculo obligatorio de otra persona”.

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis., “Cesión...”, op. cit., p. 484.

²⁸ Vid. GAVIDIA SANCHEZ, J. V., *La cesión...*, op. cit., p.22.

²⁹ Vid. IGLESIAS, op. cit., loc. cit.; DE DIEGO, op. cit., *La transmisibilidad...*, p.167; JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado...*, op. cit., 293-294, con cita a GAYO, 4, 86: “El acreedor podía en derecho romano encargar a otra persona el hacer efectivo su crédito contra el deudor por vía procesal (*mandatum ad agendum*). Por una redacción especial de la fórmula se hizo posible que este representante, llamado *cognitor* o procurador, obtuviera, a propósito del crédito ajeno, una sentencia a su nombre, que le permitiese conseguir la efectividad de la obligación en el procedimiento ejecutivo”.

Nos encontramos ante el procedimiento formulario propiamente dicho, en tanto que la figura jurídica de la cesión se salva con el mandato o representación procesal: el nuevo acreedor tendrá un mandato para ejercitar el derecho frente al deudor (*debitor cessus*). El nuevo acreedor actuara con un mandatario, pero en su propio beneficio. Es lo que se conoce como “procurador *in rem suam*”. Los problemas pueden venir planteados por el hecho de que el mandante puede exigir el crédito antes de la *litis contestatio* y, por otro lado, los problemas vendrían determinados por los supuestos en los que el mandante revoque el mandato o fallezca y, por ello, la obligación también quedara extinguida. Solamente se convertirá en auténtico titular del crédito cuando se formalice la *litis contestatio*³⁰. Las vicisitudes empiezan a solucionarse utilizando una fórmula con intercambio de partes de la relación jurídica: “En la *intentio* se mencionaba el nombre del acreedor (representado), en tanto que en la *condemnatio* aparecía el nombre del cesionario del crédito (representante procesal llamado *cognitor* o procurador)”³¹.

Los problemas se presentan cuando el cesionario o mandatario tenía que prever la posibilidad de extinción del mandato (ya sea por revocación del mandante o fallecimiento) o, incluso, la extinción del crédito cuando el mandante obtenía el pago del deudor³². Esta solución no era del todo útil, puesto que antes de la *litis contestatio* el mandante, en nuestro caso el cedente, podía exigir el cumplimiento de la obligación, es decir, el crédito e incluso podía revocar la cesión encubierta bajo la figura del mandato. “Sólo en virtud de la fuerza novatoria de la *litis contestatio* se convertía el procurator en *dominus litis*, con el resultado de que los efectos del proceso se quedaban personalmente vinculados al mandatario, convirtiéndolo así de hecho en cesionario³³”.

³⁰ Vid. IGLESIAS, *Derecho romano...*, op. cit., 523-524: “Introducido el procedimiento formulario, la carencia de cesión puede salvarse mediante la representación procesal: el acreedor que quiere ceder a otro el crédito del que es titular, le otorga mandato para obrar judicialmente contra el deudor – *debitor cessus*. El procurador obra en nombre del mandante, pero en beneficio propio – procurador *in rem suam*. La *intentio* de la formula viene concedida a nombre del *mandante*; la *condemnatio*, a favor del representante procesal. Semejante procedimiento no está libre, sin embargo, de varios inconvenientes: antes de la *litis contestatio* el mandante puede exigir el crédito, y, por otra parte, si revoca el mandato o fallece, la autorización se extingue. Sólo cuando se ha formalizado la *litis contestatio*, el procurador se convierte en *Dominus litis*, dándose los efectos del proceso en su propia cabeza”.

³¹ Vid. MIQUEL, J., *Derecho Privado...*, op. cit., p. 284. Del mismo modo PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho...*, op. cit., pp. 229 y ss. Del mismo modo Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis., “Cesión...”, op. cit., p. 484.

³² Vid. GAVIDIA SANCHEZ, J. V., *La cesión...*, op. cit., 22-23.

³³ Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis., “Cesión...”, op. cit., p. 484.

2.3 Tercera etapa: “Acciones útiles”

Los problemas que se plantean en relación con el cesionario pueden ser resueltos de varias formas: la posible revocación del mandato (ya fuera por voluntad del cedente o por muerte del mismo) o con “acciones útiles” las cuales podrían interponerse frente al deudor de igual forma que si el mandato no se hubiere extinguido. Otro problema que se solventa con la notificación al deudor o con la *denuntiatio* es aquél que viene determinado por el hecho de que el acreedor cobre anticipadamente el crédito en perjuicio del cesionario y, por ello, dé por concluida la relación jurídica con éste. En el caso de que al deudor le hubiere sido notificada la cesión sólo quedará liberado de su obligación realizando el pago a favor del segundo acreedor, es decir a favor del cesionario³⁴.

Sin embargo, todavía existía un problema sin resolver en relación con la acción útil. El crédito seguía siendo titularidad del mandante, por lo que la acción útil del mandatario en nuestro caso el cesionario, tendría que subsistir de forma directa con el mandante (cedente) en relación con el mismo deudor³⁵. Este inconveniente se soluciona con la notificación al deudor, ya que en la época posclásica gracias a dos constituciones imperiales, la de ALEJANDRO SEVERO y la de GORDIANO, se establece en sus disposiciones que “el cesionario podía impedir que el deudor pagase con efecto liberatorio al cedente, poniendo en su conocimiento (*denuntiatio*) la cesión habida”³⁶.

En la época clásica el crédito puede cederse con plenos efectos jurídicos sin tener que recurrir al contrato de mandato. La constitución de ANTONIO PÍO confiere al comprador de una herencia una “acción útil” *suo nomine* contra los deudores hereditarios. A partir de este momento el cesionario de un crédito podrá hacerlo valer en

³⁴ Vid. DE DIEGO, *La transmisibilidad...*, op. cit. p.168. También, IGLESIAS, *Derecho romano...*, op. cit., p. 524, MIQUEL, J., *Derecho Privado...*, op. cit., p. 285, JÖRS, P., *Derecho Privado...*, op. cit., 296-297: “El peligro que éste corría (cesionario) en el caso de que se extinguiese el mandato por muerte del cedente ó cesionario, se remedió con las oportunas acciones útiles, las cuales podían interponerse contra el deudor cedido como si no se hubiese extinguido el mandato. Ya con esto el mandato que implicaba la cesión de crédito no era revocable, y se transmitía á los herederos. El peligro que el cesionario corría por el cobro anticipado que podía hacer el acreedor, con lo que se extinguía el crédito (y aniquilaba el derecho de aquél), quedó remediado con la oportuna *denuntiatio* ó notificación al deudor de la cesión hecha, con lo que ya no le era lícito pagar al acreedor primitivo”

³⁵ Vid. GAVIDIA SANCHEZ, J. V., *La cesión...*, op. cit., p.23.

³⁶ Vid. JÖRS, P., *Derecho privado...*, op. cit., 294-295. Vid. DE DIEGO., *La transmisibilidad...*, op. cit., 168.

su nombre a través de la *actio utilis* y, por ende, el cedente ya no podrá reclamarlo a través de la *exceptio doli*. Otras constituciones otorgan “acciones útiles” al comprador de un crédito, al marido en caso de constitución de dote consistente en un crédito y al legatario de crédito³⁷.

El régimen de la *actio utilis* presenta el inconveniente de que el crédito cedido no se desliga del acreedor anterior: la acción del cesionario se suma a la acción directa del cedente. El cedente podía impedir la cesión ejercitando la “acción directa”. Para evitar esto, se establece que la notificación –*denuntiatio*– al deudor por parte del cesionario de la transferencia del crédito, le prive de que el pago al cedente tenga efecto liberatorio³⁸. En este momento es cuando el “Derecho común reconoció que los créditos podían cederse, incluso por disposición judicial y por ministerio de la ley³⁹”.

Con respecto a la protección del deudor, se plantea una duda en relación al momento del pago⁴⁰, puesto que si el deudor pagaba al cedente antes de la *litis contestatio*, se perjudicaba al cesionario; por el contrario si ya se había llegado a la *litis contestatio* o si el deudor pagaba antes al cesionario éste último estaba protegido frente al cedente. Por otra parte, si el deudor llegaba a un acuerdo con el cedente siempre podría hacerlo valer contra el cesionario.

2.4 Cuarta etapa: Desvinculación del mandato

La cuarta y última etapa vendría de la mano del emperador Justiniano en la época *posclásica* donde se desvincula totalmente la cesión de los créditos del propio contrato de mandato. A partir de ese momento la figura jurídica de los créditos y su posible cesión se configurará como un negocio jurídico típico sometido a reglas jurídicas

³⁷ Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis., “Cesión...”, op. cit., p. 484, lo anterior queda recogido en los supuestos de “compra de herencia” (D. 2.14.16 pr) y en los casos de “compra de créditos y constitución de dote” (D. 8.53.33 pr.)

³⁸ Vid. IGLESIAS, *Derecho romano...*, op. cit., p. 524. Del mismo modo MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis., “Cesión...”, op. cit., p. 484: “El defecto ya parece subsanado con el Derecho justiniano por medio de la *denuntiatio* (C.8,16,4;C.8, 41, 1 pr.): la cesión quedaba consolidada en el cesionario si el deudor había sido notificado”.

³⁹ Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis., “Cesión...”, op. cit., p. 484; del mismo modo PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho...*, op. cit., p. 229: “La cesión representaba un acto de disposición del crédito cuya justificación se hallaba en la índole de la relación de valuta que habrá mediado entre cedente y cesionario”.

⁴⁰ Vid. GAVIDIA SANCHEZ, J. V., *La cesión...*, op. cit., p. 23.

propias. Justiniano separa la *procuratio in rem suam* de la cesión de créditos al otorgar al cesionario del crédito una acción útil a su nombre *actio utilis suo nomine* en virtud de la cual podrá ejercitar sus derechos directamente frente al deudor⁴¹. Así pues hallamos dos regímenes jurídicos de cesión de créditos: por un lado el que podríamos denominar “tradicional” o *procuratio in rem suam*, en virtud del cual el cesionario desarrolla la acción de mandato del cedente –*actio mandata*– válido para la cesión de deudas; y aquella otra en la que el cedente transfiere al cesionario una *actio utilis* que ejercita *suo nomine*⁴².

3. La transmisión de los créditos en el Derecho Castellano

En lo que respecta al Derecho Castellano, un claro exponente de la continuación de las ideas anteriores lo encontramos en la Curia Filípica⁴³; podemos observar que no se consigue desligar la cesión de derechos de la consecuencia novatoria. Ciertamente que, en líneas generales, no se produce esta consecuencia, pero se prevén tres supuestos en que sí. El primero, cuando hay *litiscontestatio* entre cesionario y deudor; el segundo, cuando el deudor ha empezado a pagar al cesionario parte de la deuda; y, el tercero, cuando el cesionario notifica la cesión al deudor “*por le aver notificado, ò denunciado la cefion, como lo dize vn texto*”⁴⁴. Curiosamente, más adelante sólo se reconoce expresamente que en los supuestos primero y último anteriormente mencionados, la cesión es irrevocable para el cedente, en el entendido de que sólo en estos casos se produce el equivalente *traditio* que las reglas generales exigen para la transmisión de la propiedad de los bienes⁴⁵.

Por otro lado, al igual que en el Derecho Romano, se diferencia la acción directa (que queda en manos del cedente) y la acción útil (que se transmite al cesionario). En este sentido, se apunta que “*por la cefion de la deuda, la accion directa de ella queda*

⁴¹ *Ibidem*, pp. 340-350. Compartimos la opinión de estos autores puesto que como hemos avanzado en las anteriores líneas, dicha posibilidad ya se había presentado en relación con el contrato de fideicomiso, “ya el senado consulto Trebelliano del s. I d.C. establecía a favor y en contra del fideicomisario universal de una herencia y en forma útil las acciones de la misma y lo mismo se establece en una constitución de Antonio Pío respecto del comprador de una herencia”.

⁴² *Ibidem*, p. 351. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. FERRINI, C., “Obbligazione, V., Cambiamento dei subietti nell’obbligazione” en *Enc. Giur. XII*, 1900, pp. 512 y ss.

⁴³ Vid. BOLAÑOS, Hevia., *Curia Filípica*, 1725, pp.100 y ss.

⁴⁴ Cfr. apartado 5, p. 102.

⁴⁵ Cfr. apartado 7, loc. cit.

en el cediente, fin transferirfe en el cefsionario, fino folo la vtil que puede ejercer en fu nombre, y el ejercicio de la directa, en nombre del cediente”⁴⁶.

Finalmente se llega a la total “patrimonialización” del crédito como objeto de tráfico, o por utilizar una expresión que se ha hecho común en la doctrina, se consigue la “cosificación de los créditos”. La consideración del crédito como algo valioso en sí mismo, ha permitido considerarlo no sólo como aquello que liga a un deudor con un acreedor en el marco de una relación jurídica, sino también como un “activo patrimonial” en un sentido amplio y, por ello, como un posible objeto de tráfico. Como ha señalado un importante sector doctrinal, respecto del crédito, desde un punto de vista económico resulta muy claro que la mayor o menor probabilidad de recibir la prestación debida, unida a los intereses que el crédito devenga y a la serie de medidas que garantizan o facilitan el cobro, constituye un bien valioso, de modo que no puede contemplarse dentro de la realidad jurídica que liga al acreedor con el deudor, sino dentro del tráfico jurídico general⁴⁷. Por ello, se habla de la “cosificación de los créditos”, evocando la idea de la disponibilidad de los mismos como si de “cosas” se tratase. Sin embargo, esta idea no está exenta de problemas, desde el momento en que la idea de “cosa” en este ámbito se aproxima a la de “bien mueble”, con lo que se pone de manifiesto un problema conceptual: la diferencia entre “cosas” y “bienes”⁴⁸.

⁴⁶ Apartado 4, loc. cit.

⁴⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones obligatorias*, Tomo II, Madrid, Thomson - Civitas, 2008, p.138.

⁴⁸ Desde un punto de vista eminentemente conceptual, un derecho de crédito no es una cosa, pero sí es un bien. MESSINEO ha señalado que “[e]l criterio diferencial entre cosa y bien, parece que se debe poner en lo siguiente: que la cosa es por sí entidad extrajurídica; es, en cierta manera, un bien en estado potencial, y se convierte en tal cuando se la hace materia de una particular calificación jurídica; tal calificación estaría constituida por la idoneidad de la cosa para dar cumplimiento a una determinada función económica y social, objetivamente considerada; por tanto, bien en sentido jurídico sería una cosa idónea para dicha función” –ver en MESSINEO, Francesco., *Manual de Derecho civil y comercial. Doctrinas generales*, Tomo II, 1979. Traducción por SANTIAGO SENTIS MELENDO, p. 259. En una línea muy similar, conviene tener presente que el parágrafo 90 del BGB dispone que sólo los objetos corpóreos son cosas en sentido jurídico. Pero esto no significa que lo inmaterial no pueda ser objeto de derecho. LARENZ distingue, por un lado, los objetos de derecho de primer orden, y por otro, los objetos de derecho de segundo orden. A los primeros sería a los que se referiría el parágrafo 90 BGB y tales serían aquellos sobre los que es posible un derecho de dominio y de utilización con eficacia frente a terceros; los segundos (esto es, los objetos de derecho de segundo orden) serían los objetos sobre los cuales un sujeto puede disponer por negocio jurídico, y que, en definitiva, vienen a ser los derechos y las relaciones jurídicas. Vid. LARENZ, Karl., *Derecho Civil. Parte general*, traducción y notas de MIGUEL IZQUIERDO Y MACÍAS-PICAVEA, Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 370.

En este ámbito, una inadecuada asimilación de conceptos entre cosa y bien puede llevar a soluciones inapropiadas, en el sentido de aplicar, siquiera por analogía, las normas de la transmisión de bienes muebles (cosas muebles) a las transmisiones de créditos, como tradicionalmente ocurría en Francia, donde se estimó conveniente aplicar la Ley del domicilio del deudor como regla paralela a la de transmisión de los bienes muebles (*lex rei sitae*)⁴⁹. En cambio, por ejemplo, en Alemania se daba una solución distinta, como ha expuesto NIBOYET: la ley aplicable sería la ley de la obligación misma de la que surge el crédito objeto de cesión⁵⁰. La necesidad de no confundir ambos supuestos se pone de manifiesto en la naturaleza misma de lo que es objeto de tráfico. Como se ha puesto de relieve recientemente por algunos autores⁵¹, la cesión de los créditos se inscribe en el fenómeno más general de la circulación de la riqueza, y se distingue de la transmisión de bienes [corporales] en que en este último caso circula una riqueza presente, mientras que la cesión de créditos implica, por sí mismo, la circulación de una riqueza futura⁵².

4. La consideración del crédito como bien patrimonial

No obstante, y con las salvedades anteriores, la idea abstracta de la cosificación de los créditos sirve para ilustrar la multiplicidad de funciones que la cesión de créditos, como consecuencia jurídica puede realizar a la hora de la transmisión de bienes corporales (por ejemplo, funciones de garantía). En este sentido, la variedad de finalidades que pueden estar detrás de una cesión de créditos dota a la figura de evidente complejidad. VON THUR ya señaló que la cesión de créditos no constituye un contrato en sentido estricto, es decir, no es una convención creadora de obligaciones, sino un acto de disposición a través del cual el crédito sale del patrimonio del cedente y entra en

⁴⁹ Como señaló NIBOYET, si la ley de situación de una cosa corporal es competente es porque ninguna otra ley podría realizar mejor el objeto que se persigue al organizar las formas de publicidad. Lo mismo ocurre, en su opinión, en materia de créditos. Las reglas en virtud de las cuales la cesión es válida respecto de tercero, son reglas de publicidad. Y añade que es preciso que estas reglas sean generales; función que no podrán realizar más que cuando la publicidad intervenga donde pueda eficazmente producir su efecto, es decir, en el lugar del pago de la deuda, tal como haya sido estipulado, y que será, por lo general, el lugar del domicilio del deudor. Vid. NIBOYET, J. P., *Principio de Derecho Internacional Privado* (selección de la segunda edición francesa del manual de PILLET A., y de NIBOYET J.P.), Editora Nacional s.n.e, México, Traducción por RODRÍGUEZ RAMÓN, Andrés., 1942, p. 692.

⁵⁰ Ob. cit., p. 691.

⁵¹ Vid. GALGANO, F. *Diritto Privato*, Quattordicesima edizione, Padua, CEDAM, 2008, p. 415

⁵² Vid. GALGANO, F. *Diritto...*, op. cit., p. 145.cs

el del cesionario⁵³. La diversidad de fines a los que puede servir ese acto de disposición es consecuencia de la variedad de negocios respecto de los que la cesión puede ser su consecuencia. “En este sentido, ya desde antiguo, aunque nuestros autores calificaran la cesión de créditos o derechos como un contrato, lo cierto es que en la explicación posterior admiten que pueda tener causa onerosa o lucrativa, y en este sentido ser un negocio bilateral o unilateral, o que pueda ser simplemente consecuencia de un acto de última voluntad, lo que supone admitir por vía indirecta que la cesión no es propiamente un contrato, sino una consecuencia de un contrato, aproximándose de hecho a la tesis de VON THUR. Es lo que ocurre de forma clara en el tratamiento de la materia que presentan Gómez de la Serna y Montalbán”⁵⁴.

Por otro lado, tanto el Proyecto de Código Civil de 1851 como, finalmente, el Código Civil de 1889 consideraron la cesión como un contrato típico. Pero, ello no desvirtúa su verdadera naturaleza, como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina⁵⁵.

Todo lo anterior se puede resumir en la siguiente afirmación: así como las estructuras económicas y jurídicas han cambiado, los planteamientos de base no. La importancia del crédito en la actualidad es incuestionable. La economía de un país depende en cierta medida del número de contratos que se lleven a cabo como vía de fomento del desarrollo de ese concreto Estado. Si extrapolamos la afirmación anterior al plano mundial o internacional y de forma más concreta al plano comunitario, podemos observar la importancia vital de la cesión de créditos como mecanismo de movilización de la riqueza. Se entiende que el crédito es algo valioso y seguro. Todo lo cual nos sirve para concebir a los acreedores desde una perspectiva dinámica. El crédito será considerado como un bien objeto del tráfico jurídico que podrá responder a distintas finalidades económicas.

⁵³ Vid. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, Tomo I, Madrid, Reus, 1934, p. 492.

⁵⁴ Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro., MONTALBÁN, Juan Manuel., *Derecho Civil y Penal de España*, Tomo II, Madrid, imprenta de D.F. Sánchez, , 1872, p. 406.

⁵⁵ Por todos, DÍEZ-PICAZO, Luis., “*Fundamentos...*”, op. cit., p.138.

5. La importancia de la cesión de créditos en la actualidad

A continuación mencionaremos en líneas generales la concepción de la cesión de créditos en el ámbito europeo y en nuestro ámbito interno, para posteriormente desarrollar el concepto dentro de una perspectiva internacional.

5.1 La cesión de créditos en el Derecho europeo de los contratos

Esta concepción⁵⁶ es la que se mantiene en los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo: el capítulo 11 de los PECL (Principios Europeos de Derecho Contractual) está dedicado a la cesión de créditos, y en este marco, LANDO Y BEALE, al estudiar la idea de “cesión” la definen como un negocio por el que se transfiere un crédito, y añaden que dicho negocio puede llevarse a cabo mediante un contrato de compraventa –si la finalidad es transmitir plenamente el crédito, pero también entra dentro del concepto de “cesión” la transmisión llevada a cabo con fines de garantía.

Aunque será objeto de estudio en posteriores capítulos de este trabajo de investigación⁵⁷, podemos adelantar que los Principios europeos establecen la cesión como el efecto jurídico de determinados negocios, y dependiendo del efecto de cada negocio jurídico habrá que recurrir a la normativa específica en el correspondiente apartado de los PECL. El Capítulo 11 se centra en la regulación de la cesión como modo de transmisión. El régimen jurídico de la cesión de créditos dentro de los Principios europeos se basa en las siguientes afirmaciones: en primer lugar debemos tener en cuenta que el art. 11:104 reconoce la libertad de forma con respecto al acuerdo de cesión⁵⁸, por otro lado el art. 11:301 establece la eficacia de los pactos de incedibilidad del crédito. El art. 11:301 dispone que el deudor podrá oponer al cesionario la excepción de incedibilidad convencional del crédito, siempre y cuando no

⁵⁶ La que considera el crédito como mecanismo de movilización de la riqueza, el crédito podrá ser objeto de tráfico jurídico al igual que una mercancía, en definitiva estamos haciendo referencia a la concepción del crédito como bien patrimonial.

⁵⁷ Podemos adelantar que será objeto de estudio en el Capítulo III cuando se estudie la Ley aplicable en materia de cesión de créditos concretamente las iniciativas legislativas internacionales.

⁵⁸ En líneas generales podemos adelantarnos al análisis de los capítulos pormenorizados y afirmar que prácticamente en todos los instrumentos no se exigen grandes requisitos formales de cara a garantizar en la validez del contrato de cesión de créditos y por lo tanto favorecer la autonomía de la voluntad de las partes.

lo hubiera consentido previamente, a salvo quedarán los supuestos en los que el cesionario no haya podido conocer el pacto. Otro artículo verdaderamente importante en este tema es el artículo 11:204 el cual viene a indicar que el cedente siempre será el garante del cesionario de cara a la realización del crédito. En el citado artículo se plantea la necesidad de que el deudor cedido no debe resultar perjudicado por el cambio del titular del crédito⁵⁹.

Idéntica línea se sigue en lo que ahora interesa en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Se define como “*act of assignment*” como “*a contract or either judicial act which is intended to effect a transfer of the right*” (art. III.-5:102 (2)). Nos encontramos ante un texto de gran envergadura, a semejanza de lo regulado por los PECL. En estos modelos la cesión será un negocio jurídico independiente del que trae causa.

En el ámbito comunitario podríamos citar un segundo modelo, el planteado por los *Principles of European Law. Study group on a European Civil Code Sales* (PEL S). Los citados principios regulan un contrato típico (en este caso, la compraventa) y a la par prevén como un supuesto especial dentro de él la cesión de créditos como consecuencia de dicho contrato (cfr. art. 1:105 PEL S), que dispone que: “Los presentes Principios podrán aplicarse con las adaptaciones oportunas a los contratos de compraventa o permuta de: (...) d) otras formas de propiedad incorporal, incluidos los derechos [y] créditos”.

5.2 La cesión de créditos en la doctrina y jurisprudencia española

Podría mencionarse, incluso, un tercer modelo, que ha tenido un reciente eco entre nosotros, y que de cara a la búsqueda de soluciones en sede de la ley aplicable o de la jurisdicción competente intenta favorecer soluciones uniformes (más complicado de conseguir siguiendo el modelo de los PEL S). En opinión de parte de nuestra doctrina⁶⁰, la única manera posible de configurar la cesión de créditos como un tipo contractual

⁵⁹ Un principio básico a tener en cuenta en todo el desarrollo de nuestro trabajo es que el deudor nunca podrá ver agravada su situación jurídica por el hecho de la transmisión del crédito.

⁶⁰ Vid. PANTALEÓN, FERNANDO., “La cesión de créditos”, en, *Anuario de Derecho Civil*, 1988, p. 1308. En la misma línea, Díez-PICAZO, Luis., *Fundamentos del Derecho Civil...*, op. cit., 971-972.

unitario y autónomo en el seno de un ordenamiento «causalista» como el nuestro es acudir a la categoría de los negocios o contratos con causa plural, variable, fungible o genérica. La causa del contrato que nos ocupa consistiría en un elemento constante –la función de transferencia del derecho de crédito–, pero insuficiente por sí solo y que debe, por tanto, ser integrado por un elemento variable: la específica función o finalidad a la que en cada caso la transmisión del crédito responda⁶¹.

En cualquier caso, la pluralidad de fines a los que puede servir la cesión de créditos es evidente. Sin ánimo exhaustivo, puede funcionar como mecanismo para el pago inmediato de deudas vencidas y exigibles (supuesto en que el cedente ocupa en otra relación jurídica la condición de deudor, y a través de la cesión de créditos de los que es titular salda actualmente deudas propias) a través de una cesión de créditos “*pro soluto*”. Puede funcionar también como mecanismo de garantía de deudas aún no exigibles, esto es, mediante una cesión de créditos “*pro fiducia*” (diferenciándose del anterior tipo de cesión en que en este caso será preciso un acto liquidatorio posterior para el caso en que la garantía deba hacerse efectiva). Puede funcionar, así mismo, como un mecanismo para el pago diferido de deudas mediante una cesión de créditos “*pro solvendo*”, siendo el momento de dicho pago cuando el crédito haya sido realizado por el cesionario.

Desde un punto de vista económico, la cesión de créditos es un instrumento ágil para la circulación de la riqueza, en comparación con otras figuras con las que pudiera tener alguna proximidad, como pudiera ser la cesión del contrato. Conviene transcribir, por ilustrativa, la doctrina mantenida en la STS de 5 de marzo de 2004⁶² donde se establece dentro del fundamento jurídico tercero que: “La doctrina científica que se ha encargado de estudiar (...) la (...) <<cesión de créditos>>, que es la de más antigua factura, cuya existencia es más necesaria en el tráfico mercantil para facilitar la rapidez, a través del endoso, de efectos o contratos comerciales, con efectos abstractos o no causales después de los primeros contratantes, mientras que la <<asunción de deuda>> es de creación relativamente reciente. Por otro lado, el traspaso de la titularidad contractual en sí, que pueda producirse en los negocios antes de su consumación, puede obtenerse, por otro lado, a través de otras dos figuras jurídicas afines, el llamado

⁶¹ *Ibidem*

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004 (RJ 2004/1811)

<<contrato para persona que se designará (...) y la cesión de contrato>> (...). [L]a diferencia entre dichas instituciones deriva de que, en la primera de ellas, se prevé, o se autoriza la posible designación de un tercero, en sustitución de uno de los estipulantes iniciales, como parte, debiendo preverse el plazo para esa designación, pues, en otro caso, la relación jurídica se entendería concertada definitivamente entre los primeros contratantes (...), mientras que en la segunda de dichas figuras, que es la que aquí nos interesa, no se ha previsto tal transmisión, concertándose el negocio, con el carácter inicial de firme, entre los primeros estipulantes, puesto que el tercero, que sustituirá a uno de ellos, aparecerá después, quizá por necesidades económico fiscales (...): en estos casos [se exige que] (...) para que se dé válidamente la sustitución subjetiva, existan obligaciones o <<relaciones pendientes>> entre las partes iniciales y que sean derivadas del mismo contrato, o sea, que éste no se haya consumado aún, dándose así la posibilidad al cesionario de hacerse cargo de esas obligaciones, frente al contratante cedido, que éste acepte, pues desaparece de la relación jurídica el cedente, citándose por la doctrina, como casos típicos de <<cesión de contrato>>”.

Sobre la base de todo lo anterior, se ha puesto de manifiesto que la cesión de créditos puede servir a una gran variedad de fines en el tráfico. Hay que añadir que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido, en líneas generales, una concepción amplia del ámbito aplicativo de la disciplina en estudio, como forma apropiada para la regulación de determinados supuestos que podrían resultar de dudosa incardinación en aquélla. En este sentido, y siquiera de forma preliminar, caben señalar al menos dos puntos: en primer lugar, la admisión de una concepción amplia de la idea de “crédito” a estos efectos y, junto a ello, se ha admitido igualmente la cesión de créditos futuros.

En relación a lo primero, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en su sentencia de 31 de octubre de 2008⁶³, en la que se puso de manifiesto en su fundamento de derecho segundo que cabe “bien una postura muy restrictiva, reduciendo su aplicación a los créditos dinerarios; bien un criterio más abierto, comprensivo de otros derechos de crédito o personales; o bien una solución amplia que abarque todos los derechos y acciones”.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2008 (RJ 2008/5810)

Si continuamos analizando el fundamento de derecho segundo, el Tribunal Supremo establece que: toda la doctrina civilista admite una interpretación amplia del art. 1.535 en relación al término crédito: (...) “Finalmente, numerosos artículos del Código Civil que hablan del derecho de crédito revelan que no se utiliza la expresión en el sentido restrictivo, sino en el amplio de exigir tanto una cantidad, como una cosa o la prestación de un servicio, y ello nazca de un contrato unilateral o bilateral (...)” De igual forma se indica que: “ (...) [El] fundamento originario relativo a la desincentivación de los especuladores de pleitos (en sintonía con la general enemiga y repugnancia del Derecho Romano respecto de los "compradores de pleitos"), así como el fundamento posterior de "cortar pleitos", se dan por igual respecto de todos los derechos, y, por otra parte, ya se puso de relieve por nuestra mejor doctrina que carece de sentido excluir los derechos nacidos de relaciones jurídicas con obligaciones recíprocas (los "denominados" como contratos bilaterales o sinalagmáticos), a que conduce la postura de reducir la expresión crédito a "créditos simples".

Ante este panorama, la postura sostenida por el Tribunal Supremo es clara: “los argumentos de la doctrina (de orden histórico, lógico y sistemático, fundamentalmente) son consistentes, y se comparten plenamente por esta Sala, y, por consiguiente, debe entenderse que el precepto se refiere a todos los derechos (y acciones) individualizados y que sean transmisibles”. En el caso concretamente tratado, se debatía la aplicación del llamado “retracto de créditos” previsto en el artículo 1535 del Código Civil a una compraventa de acciones societarias. El Tribunal entendió aplicable dicho régimen a este supuesto.

Al seguir avanzando en el estadio de la cesión debemos admitir ya la posibilidad de transmisión de créditos futuros. Lo anterior se desprende de la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1994⁶⁴. Debe admitirse la cedibilidad de un crédito futuro, esto es, un crédito que haya de adquirir el cedente, si bien la transmisión de su efectividad sólo opera en el momento en que el crédito nazca a favor del cedente. Junto a ello se hace precisa la suficiente determinación de ese crédito futuro, pues de lo contrario adolecería la cesión de una “inmoral limitación” a la libertad del cedente.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1994 (RJ 1994/9428)

6. Consideraciones finales desde una perspectiva de Derecho internacional: El principio de autonomía de la voluntad

Visto todo lo anterior, no hace falta insistir en que el problema de la cesión del crédito adquiere una dimensión compleja si se aborda desde el punto de vista de la ley aplicable o de la jurisdicción competente, principalmente en los supuestos en los que existan elementos que internacionalicen la cesión y, en última instancia, nos podemos encontrar de nuevo con inconvenientes añadidos en los supuestos en los que las partes además quieren instar el reconocimiento y, en su caso, la ejecución de la sentencia en otros Estados con independencia de que sean miembros o no de la Unión Europea.

La cuestión adquiere mayor complejidad con la admisión de la figura del *factoring* internacional⁶⁵. En líneas generales, podemos adelantar que en estos casos nos encontramos ante una cesión en bloque de la totalidad o parte de los créditos que un empresario ha adquirido en el curso de su empresa, cesión que se hace en favor de un adquirente denominado *factor*. Tanto en el contrato de *factoring* como en el de cesión de créditos podemos observar el mismo problema: la causa del contrato de *factoring* como justificativa del desplazamiento patrimonial que conlleva, en función de cómo se haya operado la cesión de los créditos, que el cliente (cedente en el *factoring*) asuma o no el riesgo de insolvencia de los deudores, pudiendo o no, respectivamente, el factor dirigirse frente al cliente (cedente) si los deudores no satisfacen el crédito.

Todo lo anterior se puede resumir en la siguiente afirmación: la economía de un país se ve favorecida por la fluidez con que los agentes comerciales realicen sus transacciones comerciales. De ahí se deriva el hecho de que el crédito es algo seguro y puede ser objeto de un contrato como sucede con una mercancía, en todo caso el crédito responderá a finalidades económicas diferentes.

El aumento masivo del crédito y su posible cesión conlleva la necesidad de exigencia de una regulación específica y clara en el sector. Como comprobaremos a lo largo de las posteriores páginas, los instrumentos que regulen el crédito y su posible

⁶⁵ Dicha figura será objeto de estudio dentro de los capítulos finales.

cesión tendrán que ir acompañados de una imprescindible consecuencia: la previsibilidad de cualquier medida a adoptar de cara a la consecución de tan ansiado fin.

6.1 La autonomía de la voluntad en relación con la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales internacionales

Cuando las partes en el comercio internacional se encuentren con un supuesto de cesión de créditos querrán que todas las medidas que se adopten (con independencia del tipo de medidas que sean) sean previsibles para las partes. La previsibilidad debe predicarse desde diferentes ámbitos.

Los sujetos intervinientes tienen diferentes opciones en relación con un contrato de cesión de créditos o un contrato de *factoring*, las partes podrán prever de antemano los tribunales competentes y, en su caso, dejar que sean ellos los que determinen la Ley aplicable al supuesto litigioso. De igual modo, tienen la opción inversa: fijar la Ley aplicable al contrato internacional y dejar al margen la regulación de los tribunales competentes. Y, por otro lado, la última opción posible será que las partes pacten en el contrato tanto la competencia judicial internacional como el Derecho aplicable en relación con un supuesto de cesión de créditos o con un contrato de *factoring* internacional. Esta última posibilidad es la menos problemática en la práctica, puesto que la previsibilidad de las partes implicará una disminución de los costes. Sin embargo, lo más habitual en la práctica internacional, y sobre todo en el ámbito de la cesión de créditos -donde se necesita una gran agilidad en las transacciones internacionales- es que las partes realicen un contrato de cesión de créditos sin prever los tribunales ni la legislación aplicable en caso de litigio. En estos casos es donde surgen mayores conflictos entre los intereses en presencia. Para estos supuestos, lo más aconsejable será que la sentencia dictada por las autoridades de los Estados miembros se ajuste a los intereses de las partes y el único modo de conseguir lo anterior es garantizando la previsibilidad.

Lo anterior sólo se consigue con la regulación de la competencia judicial internacional, la determinación del sistema de la Ley aplicable y, del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales a través de instrumentos internacionales con gran

calidad técnica que garanticen un régimen uniforme y que respeten en la mayoría de lo posible el principio de autonomía de la voluntad de las partes y, por ello, su facultad de elección de Ley. Todo lo anterior será objeto de estudio en el presente trabajo de investigación; sin embargo, debemos adelantar que en el ámbito internacional y más concretamente en el ámbito comunitario contamos con instrumentos internacionales que regulan las cuestiones anteriores de forma rigurosa y con gran exhaustividad.

En todos los instrumentos internacionales objeto de estudio prima un requisito fundamental de cara a la consecución del objetivo de la previsibilidad: en primera instancia, se deberá favorecer el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Es decir, cuando las partes han hecho uso de su derecho de autonomía de la voluntad ésta deberá respetarse por ser un principio básico del Derecho contractual. Las partes deben tener absoluta libertad a la hora de regular sus intereses. Por ende, deberán tener absoluta disponibilidad (con determinadas excepciones) a la hora de pactar los tribunales encargados de resolver los problemas que se planteen en relación con un supuesto de cesión de créditos, ya que los sujetos que actúan en el ámbito contractual son los más indicados para resolver los problemas tanto de elección de la jurisdicción competente como de elección del derecho aplicable a su contrato.

Como comprobaremos a lo largo de las posteriores páginas, el principio de autonomía de la voluntad está presente en todos los instrumentos internacionales como primera opción de cara a la resolución del posible conflicto. Dicho principio está regulado por los artículos 23 y 24 del Reglamento 44/2001 actuales artículos 25 y 26 del Reglamento 1215/2012 en relación con la competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el ámbito civil y mercantil⁶⁶. Desde el punto de vista del Derecho aplicable tendremos que analizar el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales⁶⁷, el cual establece en su artículo 3 el principio de libertad de elección de los contratantes de cara a la determinación de la Ley aplicable a un contrato internacional de cesión de créditos.

⁶⁶ El citado Reglamento será objeto de estudio en un capítulo posterior. Siempre debemos tener en cuenta que el Reglamento 44/2001 ha sido sustituido por el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012. Dicho Reglamento entrará en vigor el 10 de enero de 2015 así se desprende de la lectura del artículo 81, DOUE L351, de 20 de diciembre de 2012, pp. 1-32.

⁶⁷ Reglamento 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como “Reglamento Roma I”. Doc COM (2005) 650 final de 15 de diciembre de 2005.

El principio de autonomía de la voluntad se considera un principio básico a tener en cuenta en el sector de la competencia judicial internacional. Las partes podrán determinar los tribunales competentes tanto de los litigios que surjan del contrato como de cualquier otra controversia relacionada con el mismo, aunque su fundamento se encuentre basado en relación con el incumplimiento de una norma internacionalmente imperativa.

En el ámbito de las transacciones comerciales internacionales es imprescindible que los sujetos intervinientes, puedan hacer uso de su derecho de autonomía de la voluntad de cara a la elección de los tribunales competentes. Dicha elección en el ámbito contractual resulta beneficiosa, sobre todo en los supuestos en los que una de las partes tiene “un poder predominante” frente a la otra (el demandante). En esos casos, las dos partes estarán interesadas en poder elegir el tribunal competente de conformidad con sus intereses. En defecto de cláusula de elección de foro, es decir de sumisión expresa o tácita, las partes sólo tendrán la opción del foro general del domicilio del demandado o del foro especial en razón de la materia, en nuestro caso el foro en materia contractual.

Los acuerdos de elección del tribunal competente no sólo garantizan la previsibilidad del litigio sino que introducen un equilibrio contractual, en definitiva el tribunal elegido no dependerá de la concreta situación que ocupen las partes cuando surja el litigio (demandante o demandado) y, por ende, favorece una disminución de los litigios, ya que en estos casos no se cumplirá la regla “*prior tempori potior jure*”; es decir, no será competente en primer lugar el tribunal ante el que se haya interpuesto la primera demanda. Lo anterior contribuye a evitar en cierto modo las “intolerables” prácticas del “*bad forum shopping*”. Es decir, las partes ya no crearán “vínculos ficticios” con la sola intención de evitar que conozcan del asunto unos concretos tribunales que de otra forma sí serían competentes, sino que son las propias partes las que deciden los concretos tribunales competentes en caso de disputa.

Las partes al realizar el pacto de sumisión (expresa o tácita) están realizando la elección de un foro que se ajuste a sus intereses lo máximo posible. Se entiende que en esos casos están eligiendo un foro “neutral” y lo más lógico es que se aplique al supuesto el foro especial en razón de la materia que les comporte la seguridad exigida

con independencia de la transacción comercial internacional ante la que nos encontremos. Todo lo anterior implica una equivalencia e igualdad entre las jurisdicciones de los Estados miembros, lo cual fomentará un sistema ágil y veloz de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el ámbito comunitario. Quedando a salvo de lo anterior, tenemos que tener presente que en el ámbito internacional también existen determinados colectivos sensibles que deben ser sometidos a una especial protección. Estamos haciendo referencia a los foros contenidos en los artículos 10, 17 y 20 en relación con el Reglamento 1215/2012 (contrato de seguro, de consumidores y de trabajo respectivamente); antiguos artículos 13, 17 21 y 22 del Reglamento 44/2001. En estos casos, los instrumentos internacionales establecen los tribunales competentes de cara a conseguir el “ansiado” equilibrio contractual y, por consiguiente, en estos supuestos será válido que la libertad de elección de los contratantes pueda pasar a un segundo plano.

En relación con nuestra materia objeto de estudio, la cesión de créditos, hay que tener en cuenta que siempre y cuando el Reglamento 1215/2012 (antiguo Reglamento 44/2001) se aplique (es decir, se cumplan todos los ámbitos de aplicación del mismo) y además las partes hayan eso uso de su facultad de elección del tribunal competente, ese concreto tribunal perteneciente a un Estado miembro del territorio comunitario deberá declararse competente con independencia de que el único contacto del contrato con sus tribunales sea la cláusula de sumisión (ya sea expresa o tácita). En estos supuestos nunca tendrá cabida la admisión de la figura jurídica del “*forum non conveniens*” derivado de la necesidad de la previsibilidad de las sentencias en relación con los sujetos intervinientes. Es decir, los tribunales de ese concreto Estado tendrán que conocer del asunto con independencia de que entiendan que no sea el tribunal más vinculado con el supuesto.

Si las partes decidieran avanzar un paso más, e instaran un procedimiento de reconocimiento y ejecución de esa sentencia en ese concreto Estado miembro del territorio 44 y dicho Estado entendiera que el reconocimiento de la misma y en su caso la ejecución en su Estado implicara una vulneración del interés general cubierto por sus normas internacionalmente imperativas, dicho tribunal no podría declararse incompetente sino que la única opción posible sería no reconocer o ejecutar la sentencia en su territorio. Lo anterior sólo tendrá cabida cuando ese concreto Estado hubiera

realizado un “test de proporcionalidad” entre la supuesta vulneración de los principios considerados como esenciales en su ordenamiento en relación con el posible reconocimiento o ejecución de esa concreta sentencia, lo contrario supondría una vulneración manifiesta del principio de la libre circulación de sentencias en el territorio comunitario.

Luego en el ámbito comunitario si las partes han hecho uso de su derecho de elección del tribunal competente éste deberá conocer del asunto salvo que tuviera cabida la “excepción de orden público”. No obstante lo anterior, siempre hay que tener en cuenta que dicha opción sólo será admitida en supuestos muy concretos y lo más apropiado es que las partes quieran que conozcan en caso de litigio el tribunal que favorezca en mayor medida sus intereses, por ende, será un tribunal altamente previsible para ellas. En estos casos se entiende que las partes ya conocen de antemano la legislación de esos concretos tribunales. Sin embargo, lo anterior no implica que nos encontremos ante el tribunal más vinculado con el contrato. Sólo es necesario que en estos supuestos exista un pacto de sumisión y en defecto del pacto la existencia de cualquier otro foro de competencia judicial internacional.

Mayores problemas se presentarán en la práctica internacional de cara a garantizar la previsibilidad de las sentencias, el supuesto en el que las partes no han hecho uso de su cláusula de autonomía de la voluntad y, por ello, de su facultad de elección en relación con los tribunales competentes. En todo caso en el ámbito internacional cuando las partes realizan un contrato deben tener presente que existen foros altamente aplicables, en definitiva, la concurrencia lógica de ciertos tribunales de cara a la resolución del litigio. Estamos haciendo referencia al conocimiento del asunto por parte del tribunal del domicilio del demandado o por parte del tribunal del lugar de ejecución o de realización de la prestación más compleja, en el contrato de cesión de créditos la obligación litigiosa que sirve de base a la demanda se entiende que en la mayoría de los casos es la entrega del crédito del cedente al cesionario⁶⁸. En el caso del contrato de *factoring* se plantean mayores problemas, todo dependerá de donde deba ejecutarse o

⁶⁸ Dicha idea será desarrollada de forma más exhaustiva en un capítulo posterior.

cumplirse la obligación litigiosa que sirva de base a la demanda y de las obligaciones o funciones que asuma el *factor*⁶⁹.

Todos los pasos anteriores deberán llevarse a cabo para garantizar el posible reconocimiento y en su caso ejecución de las resoluciones judiciales en el ámbito comunitario, consiguiendo en ese caso una disminución de los costes de las transacciones comerciales y garantizando en última instancia el aumento del comercio internacional en el ámbito internacional.

6.2 La autonomía de la voluntad en relación con el Derecho aplicable

Las conclusiones anteriores se basaban en la consideración del principio de autonomía de la voluntad y de previsibilidad en relación con la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales internacionales. A continuación, desarrollaremos el mismo principio o la misma finalidad en relación con el Derecho aplicable. El principio de autonomía de la voluntad alcanza su cúspide en relación con el Derecho aplicable con el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales⁷⁰. Los orígenes del Convenio deben buscarse en la década de los setenta donde se instauran las bases de lo que hoy consideramos libertad de mercado asociado al principio del Estado de bienestar. Los legisladores comunitarios querían alcanzar la máxima protección en relación con determinadas partes de la negociación consideradas “débiles” dependiendo del sector interviniente y, por otro lado, garantizar el respeto a la autonomía de la voluntad con los sujetos intervinientes en los contratos internacionales.

La entrada en vigor del Convenio de Roma supuso en relación al principio de autonomía de la voluntad que las partes podrán hacer uso de su derecho de elección de Ley, no sólo como complemento en el contrato de las disposiciones legalmente establecidas sino como regulación prioritaria de su propio contrato. En definitiva, a partir de ese momento el pacto de elección de Ley realizado por las partes tendrá preferencia frente al resto de puntos de conexión elaborados por los legisladores. Todo lo anterior se desprende de la lectura tanto de los artículos 3 y 4 del Convenio de Roma

⁶⁹ El contrato de *Factoring* será objeto de estudio en un dentro de los capítulos finales.

⁷⁰ Convenio 80/934/ CEE DO L 266 de 9.10.1980.

así como de los citados artículos de su sucesor: el Reglamento Roma I sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales⁷¹.

Que el legislador prevea la cláusula de la autonomía de la voluntad como primer punto de conexión en relación con uno de los mayores instrumentos internacionales en el ámbito contractual -sino el mayor instrumento internacional en el ámbito contractual- supone entender que la elección realizada por las partes sea la que más se ajuste a sus intereses y en cierta medida “siempre” estará garantizado el equilibrio contractual.

Sin embargo, en determinados supuestos regulados con carácter excepcional se deben establecer ciertas restricciones o limitaciones en relación con la facultad de elección de Ley atribuida a las partes. En primer lugar, estamos haciendo alusión –al igual que sucedía con la competencia judicial internacional– a los supuestos en los que en el ámbito contractual no existe un equilibrio entre los sujetos intervinientes en un mismo contrato, se entiende que para evitar que la parte “más débil” de la relación jurídica quede desprotegida, los legisladores estatales se ven obligados a regular ciertas disposiciones con carácter exclusivo y, por ende, las partes sólo podrán hacer uso de su derecho de autonomía de la voluntad en la medida en que la Ley elegida por ellas ofrezca una protección mayor en relación con esa concreta parte de la relación jurídica (parte débil) que la Ley establecida por el legislador nacional. El segundo supuesto en el que el uso del derecho de elección por las partes se vería reducido sería en los casos en los que entrara en conflicto con las normas de derecho público del Estado cuya legislación resultara aplicable. Es lo que se conoce bajo el nombre de “normas de policía o internacionalmente imperativas”. De todo lo anterior se deriva la amplitud del concepto de libertad de elección, puesto que sólo en esos dos casos la autonomía de la voluntad de las partes se vería limitada.

La autonomía de la voluntad y sus límites también deben ser entendidos dentro del contexto económico actual: nos encontramos en la era de la globalización en la que las economías nacionales sólo son entendibles dentro del ámbito internacional. La existencia de una libre circulación de capitales, personas, servicios y mercancías dentro

⁷¹ Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) DOUE L 177 de 4 de julio. Dicho Reglamento será objeto de un exhaustivo estudio en el capítulo referente al Derecho aplicable.

del espacio comunitario es el resultado de las políticas de liberalización realizadas tanto por los Estados como las Organizaciones internacionales a escala mundial. Sin embargo, la liberación anterior no llevaba de la mano la liberalización contractual, es decir, si queremos conseguir la tan ansiada “quinta libertad comunitaria” -la libre circulación de sentencias- tendrá que conseguirse, en primer lugar, la unificación de la regulación aplicable a un contrato internacional. Tanto las empresas (con independencia de su tamaño) como los particulares realizarán prácticas activas en el comercio internacional cuando tengan certeza de la regulación aplicable a sus contratos y, cuando esta regulación sea la misma con independencia del mercado internacional en el que realicen sus transacciones comerciales, en definitiva cuando la legislación aplicable a su contrato internacional sea previsible para las partes. Estos son los factores que verdaderamente intervienen en el crecimiento de la economía global. Sólo con lo anterior se conseguirá una reducción de los costes, con el consiguiente aumento del capital y, por ende, la mejora de la eficiencia de los mercados⁷². Como hemos explicado anteriormente, el régimen jurídico aplicable a un contrato internacional y los tribunales competentes en esos supuestos son cuestiones que deben ir a la par. Sólo cuando las partes puedan prever los tribunales competentes en caso de litigio y, en su caso, puedan vaticinar en cierto modo la sentencia aplicable en caso de disputa aumentarán las transacciones comerciales internacionales al reducirse tanto la inseguridad jurídica como los costes de los citados intercambios de bienes y servicios.

Lo que no está del todo claro es si la pretendida unificación se puede conseguir “simplemente” a través de instrumentos legales internacionales con enorme calidad técnica como sucede con el caso del Reglamento 1215/2012 o con el Reglamento de Roma I o, por el contrario, resultaría necesario dar un paso hacia delante y conseguir la pretendida “unificación” del Derecho europeo de los contratos.

Los instrumentos internacionales objeto de estudio en los posteriores capítulos evitan que las partes deban realizar la costosa práctica de tener que informarse acerca de

⁷² Para un estudio en mayor profundidad de la globalización financiera y de los costes de las transacciones comerciales Vid. COQ HUELVA, Daniel., “La Globalización Financiera: Empresas y Estados”, *Revista de economía mundial*, N° 7, Sección General, 2002, pp. 135-156; así como URIONABARRENETXA ZABALANDKOETXEA, Sara., BAÑALES MALLO, Amaia., GARCÍA MERINO, José Domingo., “Relación entre la globalización financiera y el crecimiento de la economía real: una revisión bibliográfica”; *Revista de economía mundial*, nº 22, 2009, pp. 221-246.

cuál es la “ley extranjera” aplicable a su contrato internacional. Con ello, se reducen los costes de las transacciones internacionales, puesto que ya no será necesario ajustar el contenido del contrato a las diferentes normas jurídicas de los concretos Estados intervinientes, sino que existirá la pretendida unificación normativa que se predica con ambos instrumentos internacionales. Sin embargo, en el comercio internacional se pueden plantear nuevos inconvenientes derivados de la necesidad de agilidad en las transacciones comerciales y de los continuos cambios en las formas de producción de cualquier empresa internacional. En estos casos se entiende que en ocasiones las normativas nacionales pueden quedarse obsoletas y, por ende, habrá que acudir a la regulación establecida a través de otros mecanismos más ágiles, veloces y específicos en el ámbito internacional. Estamos haciendo referencia a la labor de UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil) y de UNIDROIT. De nuevo, podemos entender que las partes que actúan en el comercio internacional y que, por consiguiente, tienen cierta práctica en las transacciones comerciales, en ocasiones pueden ser las más apropiadas para establecer su propia regulación. En este ámbito tendrían cabida todos los usos y prácticas comerciales internacionales desarrolladas bajo los principios de la *lex mercatoria*. En todo caso debemos tener en cuenta que cualquier contrato internacional siempre deberá quedar regulado por una concreta Ley estatal con independencia de que la regulación de dicho contrato se vea completada con ciertos principios, usos o prácticas del comercio internacional.

En última instancia, en relación con el contrato internacional, el principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 3 del Reglamento Roma I sólo establece la posibilidad de los contratantes de elegir la Ley aplicable a sus concretas relaciones jurídicas. No tendrán dicha opción de elección del derecho aplicable en relación con los efectos que el contrato pudiera tener frente a terceros sujetos perjudicados o de cara a determinar los efectos que el contrato produzca y la posible vulneración del “orden público” de un concreto Estado. Se entiende que dichos sectores tendrían cabida dentro de las denominadas “normas internacionalmente imperativas” que no son cuestiones disponibles para las partes.

Todo lo anterior nos sirve para concluir la importancia que tiene la autonomía de la voluntad en las relaciones comerciales internacionales. El negocio jurídico se entiende como la consecución de la voluntad del hombre, con fines jurídicos sobre la base de la

autonomía privada como facultad de dotar de efectos jurídicos a un simple acto. El negocio jurídico constituye el último estadio de la realización de la autonomía de la voluntad⁷³. La libertad contractual se concreta en la posibilidad que tienen las partes de establecer previamente el contrato, en definitiva de establecer los derechos y obligaciones que derivan del citado acuerdo. Sin embargo, a la hora de analizar el principio de autonomía de la voluntad debemos tener presente una idea fundamental: el contrato formulado por las partes siempre deberá estar en conformidad con un determinado ordenamiento jurídico. “En la actualidad, la liberalización de los factores de producción ha acentuado todavía más la inestabilidad de los vínculos que unen las actividades económicas que se desarrollan en el espacio transnacional al territorio de los Estados; ya que son muchas las conexiones previstas por el legislador que fácilmente pueden ser manipuladas por los particulares⁷⁴”. Por ello, el poder estatal podrá interferir en la autonomía de la voluntad de los particular en relación con dos cuestiones: en la formación de esa voluntad, es decir, las partes deben haber sido libres a la hora de quedar obligadas por el citado vínculo; y, por otro lado, el Poder Público también puede interferir en relación con los efectos del contrato, es decir, el contenido del contrato debe ser el marcado por la Ley.

En suma, el uso que las partes hagan del principio de la autonomía de la voluntad deberá garantizar el cumplimiento de la legalidad y nunca debería ir en contra de las normas internacionalmente imperativas del tribunal que está conociendo del asunto. Sólo cuando las partes hayan respetado lo anterior se garantizará la previsibilidad del Derecho aplicable. Sin embargo, en ocasiones la práctica internacional y la falta de soluciones adoptadas por los instrumentos internacionales conllevan la aplicación de leyes que no son “altamente previsibles” para las partes. Estamos haciendo mención a los supuestos en los que las partes no han hecho uso de su derecho de elección de ley y nos encontremos ante un contrato plurilocalizado, es decir, un contrato de cesión de créditos con vínculos en varios países. Si observamos los instrumentos internacionales en presencia y más concretamente la presunción contenida en el artículo 4.2 del Reglamento Roma I, donde se establece que la Ley aplicable será la de la residencia

⁷³ Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. HERNÁNDEZ FRAGA, Katiúska., “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Núm. 6, junio 2012, pp. 27-46.

(En línea) <http://www.eumed.net/rev/rejie> (última visualización mayo 2014)

⁷⁴ BOUZA VIDAL, Nuria., “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad...”, op. cit., p. 18.

habitual del prestador característico⁷⁵, nos encontramos con que en ocasiones es muy difícil determinar –y más concretamente en el contrato de cesión de créditos– quién es el prestador característico, ya que en la mayoría de las ocasiones es el cedente, aunque todo dependerá del tipo de funciones que asuman el resto de partes. Además, como indicábamos anteriormente, mayores problemas se pueden plantear en el contrato de *factoring* internacional, ya que en estos casos el tipo de contrato vendrá determinado por las funciones que asuma el factor; e incluso puede suceder que sepamos quien es el prestador característico pero que desconozcamos donde está situada su residencia habitual.

Sirva como adelanto que la solución a estos casos vendría por la aplicación de la cláusula de los vínculos más estrechos según el Reglamento Roma I. Se aplicaría, por ello, la Ley del país más vinculada con el supuesto. No obstante, de nuevo nos encontraríamos con el inconveniente de determinar cuál es el país más vinculado al contrato cuando es plurilocalizado es decir cuando esté vinculado con diferentes Estados⁷⁶. La pretendida seguridad jurídica para estos supuestos sólo se alcanza cuando las partes hacen uso de su derecho de elección, lo cual evita que la Ley aplicable al fondo del asunto sea determinada por el juez y pueda aplicarse una Ley poco previsible y menos beneficiosa para las partes.

En definitiva, el aumento de las transacciones comerciales va parejo de la necesidad de agilidad en el comercio internacional. La premisa anterior sólo podrá conseguirse con la eliminación progresiva de los mecanismos de reconocimiento y ejecución de sentencias en el ámbito internacional de cara a conseguir su libre circulación dentro del territorio comunitario. Lo lógico es que todas las sentencias que cumplan “ciertos requisitos de regularidad formal” puedan ser reconocidas en el resto de Estados miembros sin necesidad de procedimientos específicos “*ad hoc*” de reconocimiento y ejecución. Es decir, un reconocimiento “automático” sin necesidad de que el tribunal deba revisar nuevamente el fondo del asunto y, por ello, no pueda oponer la excepción de orden público internacional cuando se cumplan ciertos requisitos formales como

⁷⁵ En relación con la figura del prestador característico debemos tener presente que será objeto de estudio de forma más detallada en posteriores capítulos y especialmente en relación con el capítulo destinado al derecho aplicable y en su caso al Reglamento Roma I.

⁷⁶ Las reglas para determinar quién es el país más vinculado con el supuesto serán examinadas en el capítulo del derecho aplicable, capítulo dedicado al análisis y estudio del Reglamento Roma I.

podrían ser: la competencia del tribunal que dictó la sentencia, así como la correcta notificación y defensa del demandado⁷⁷. Lo anterior sólo se producirá cuando las partes conozcan previamente los tribunales competentes, así como el derecho aplicable. En última instancia las partes deberán saber de antemano si la sentencia podrá ser reconocida o ejecutada en otro Estado miembro sin necesidad de superar procedimientos difíciles, lentos y costosos.

La importancia del crédito en la economía globalizada ha quedado visualizada en las anteriores páginas. Los créditos y su posible cesión deben ser entendidos como un “riesgo”. En estos casos también debe estar presente la idea de previsibilidad de los mismos; es decir, si las partes al realizar una cesión de créditos conocen de antemano los posibles riesgos existentes en la operación (como pueden ser las posibilidades reales de cobro) podrán adaptarse mejor a las situaciones problemáticas. Luego el riesgo siempre estará presente tanto en los créditos como en los contratos que requieran cierta negociación o financiación⁷⁸. Las partes cuando realizan un pacto de sumisión expresa o tácita en el contrato y cuando establecen una cláusula de elección de Ley están minimizando los riesgos existentes en las transacciones internacionales.

A lo largo de los siguientes capítulos intentaremos acreditar si los instrumentos internacionales en presencia tanto en relación con la competencia judicial internacional la Ley aplicable, así como el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el ámbito de la cesión de créditos, poseen la suficiente calidad técnica y claridad como para dotar a los sujetos intervinientes de la previsibilidad necesaria; lo cual conllevaría una reducción de los costes, puesto que se reducirían los litigios y habría un aumento de las transacciones comerciales. Todo lo cual supondría, en última instancia, en relación a nuestro objeto de estudio un aumento de los contratos de cesión de créditos y un

⁷⁷ También tendrían cabida en estos supuestos otros motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia como podrían ser la prescripción, la existencia de fraude procesal, cuando existiera una sentencia posterior incompatible con la cual se insta el reconocimiento. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia., “Repercusiones del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en los sistemas autónomos: excesos y carencias”, en *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº 6, 2006, pp. 481-502.

⁷⁸ Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. ZORRILLA, SALGADOR, Juan Pablo., “Globalización, incertidumbre y riesgo” en *Intangible Capital*, Nº 9, Vol. I, Julio-Septiembre 2005, 17 p.

aumento de los contratos de *factoring*. Sólo de ese modo se alcanzaría totalmente el deseado espacio de “libertad, seguridad y justicia”⁷⁹.

⁷⁹ A pesar de que la diversidad jurídica existente en Europa puede suponer un freno a la contratación internacional y en su caso un obstáculo más de cara al funcionamiento del mercado interior es necesario constatar que la diversidad legislativa siga existiendo en cierta medida como mecanismo de “control” de las instituciones europeas. La diversidad legislativa supone riqueza la cual deberá coexistir con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Por lo tanto la “quinta libertad” comunitaria deberá tener cabida respetando la diversidad legislativa de los Estados miembros. De igual modo Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia., “Repercusiones del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales...”, op. cit., pp. 489-490.

CAPÍTULO II

LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE CESIÓN DE CRÉDITOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

1. Introducción

Tras analizar en el capítulo anterior, la importancia de la cesión de créditos en el comercio internacional, se hace imprescindible averiguar los tribunales que serán competentes de cara a la resolución de un supuesto comunitario de cesión de créditos. Dicha cuestión será objeto de estudio en el presente capítulo. En primer lugar analizaremos los diferentes instrumentos internacionales comunitarios que otorgan competencia a los tribunales españoles en caso de un litigio internacional para poder analizar posteriormente el derecho aplicable al concreto caso.

Sobre la base de lo anterior debemos tener presente una idea fundamental a lo largo de todo nuestro análisis: Las normas internas de Derecho internacional Privado español (art. 22 LOPJ) sólo serán aplicables por los tribunales españoles en relación con un supuesto de cesión de créditos en el ámbito internacional cuando ningún instrumento internacional otorgue competencia a los tribunales españoles¹. Luego en todo caso los

¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 13ª ed., Comares, Granada, 2012, p. 164. Compartimos la opinión de este sector doctrinal, puesto que en la práctica concreta los tribunales españoles en la mayoría de los casos entienden que son competentes en virtud de la aplicación simultánea de la normativa internacional junto con la normativa interna. En palabras de estos autores “*totum revolum*”. Tremendo error, puesto que si un instrumento internacional hace competentes a los tribunales internos no se debe aplicar ninguna normativa adicional y mucho menos la interna. De vital importancia en este asunto: SAP de Albacete de 15 de junio de 2011 Auto núm. 45/2011 (JUR 2011/279236) donde de forma correcta el tribunal determina que son competentes los tribunales españoles en aplicación del artículo 3 apartado a) del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, puesto que éste Reglamento se aplica a los supuestos de litigantes con Residencia habitual en un Estado Miembro con independencia de la nacionalidad de los sujetos, y esto se da en el caso en concreto puesto que la última residencia habitual del matrimonio estuvo en Albacete y uno de los litigantes, en concreto el demandante todavía sigue teniendo allí su residencia; con independencia de que los sujetos tengan nacionalidad marroquí. El mismo criterio sigue la SAP de Guadalajara de 20 de septiembre de 2011, Auto núm. 63/2011 (JUR 2011/39764) en este supuesto se aplica el mismo artículo del Reglamento 2201/2003 y se hace competente a los tribunales españoles puesto que la última residencia habitual del matrimonio estuvo en Madrid y allí sigue teniendo su domicilio el actor. Sin embargo, nuestros tribunales cometen enormes errores y fruto de ello podemos mencionar las siguientes sentencias: SAP Barcelona de 21 de septiembre de 2011, Auto núm. 116/2011 (JUR 2011/402868) en donde los tribunales españoles entienden que son

tribunales podrán ser competentes en virtud de la aplicación de varias normas no sólo sobre la base de nuestras normas de producción interna. Una vez que nuestros tribunales se declaran competentes sobre la base de un instrumento internacional tendremos que averiguar el concreto derecho aplicable a ese supuesto para que se pueda dictar una sentencia que solucione el litigio. En otras ocasiones por el contrario, los tribunales españoles no podrán declararse competentes a través de la aplicación de nuestras normas internas cuando se den todos los ámbitos de aplicación del instrumento internacional en presencia y haga en su caso competente a los tribunales de otro Estado.

En una economía globalizada como la actual lo lógico es que los operadores del comercio internacional busquen “vocación de universalidad” en sus sentencias es decir, que las sentencias dictadas por los tribunales de un Estado sean reconocidas y ejecutadas por los tribunales de otros Estados sino de forma inmediata sí a través de procedimientos “ágiles, veloces y simples”, en cierta medida los instrumentos internacionales que estudiaremos en las páginas posteriores tratan de cumplir con los parámetros anteriores.

2. Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 del Parlamento europeo y del Consejo sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

La primera y principal idea que debemos traer a colación en relación con el estudio del presente capítulo es que el Reglamento 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

competentes aplicando el artículo 22.3 LOPJ (foro del domicilio del demandado) puesto que se trataba de un supuesto de una obligación extracontractual y la víctima tenía su residencia habitual en España. Lo lógico en este supuesto es que los tribunales españoles se abstuvieran de conocer y conocieran del caso los tribunales italianos por ser el lugar donde se produjo el accidente de tráfico. Igual de desacertada estuvo la AP de Barcelona en la Sentencia de 17 de marzo de 2010 Auto núm. 72/2010 (AC 2010/442), se trataba de un supuesto de reclamación de cantidad derivado de un incumplimiento de un contrato de agencia, los tribunales españoles entienden que son los competentes puesto que el demandado tenía su domicilio en España, pero nada más lejos de la realidad puesto que el domicilio del Agente estaba situado en México y el contrato de agencia implicaba una venta de productos en numerosos países (con la excepción de Portugal, España y Chile). Podemos afirmar que en ocasiones nuestros tribunales en ocasiones y de forma desacertada siguen otorgando primacía al foro de la nacionalidad, como afirman dichos autores se produce el “vértigo de la nacionalidad”.

sustituye al Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil a partir del 10 de enero de 2015 de conformidad con lo establecido en su artículo 81². La segunda idea importante es que todo lo relativo al Reglamento 44/2001 puede y debe ser extrapolado al Reglamento 1215/2012, el planteamiento anterior se deduce no sólo derivado del hecho de su común origen, sino que -además como podremos comprobar a los largo del presente capítulo- las grandes similitudes entre los dos instrumentos internacionales así lo aconsejan³. Nos encontramos ante uno de los Convenios más importantes en su sector puesto que como avanzábamos anteriormente⁴ no solo regula la competencia judicial internacional sino que también regulará el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales abarcando un gran número de materias⁵.

² Vid. D.O.U.E, serie L, de 20.12.2002. Lo anterior tiene la excepción de los artículos 75 y 76 que serán aplicable a partir del 10 de enero de 2014. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros con arreglo a los Tratados.

³ “El Reglamento 1215/2012 representa un eslabón más en el proceso puesto en marcha hace casi medio siglo con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968³”. Por lo tanto podemos afirmar que el nuevo Reglamento deroga el Reglamento 44/2001 (conocido como Bruselas I) como se deduce de la lectura de su artículo 80. Luego todos los Estados miembros de la Unión Europea estarán vinculados con el nuevo Reglamento a partir del 10 de enero de 2015. A salvo de lo anterior quedará Dinamarca según se desprende de la lectura del Considerando 41, en todo caso Dinamarca podrá aplicar las modificaciones que han sido introducidas por el Reglamento 44/2001 sobre la base de la aplicación del artículo 3 del Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil DO serie L, 299 de 16.11.20005, p. 62. De igual forma Vid. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, en *La Ley*, XXXIV, número 813, 31 de enero de 2013, p. 4.

⁴ Dicha idea no sólo ha sido adelantada al inicio del presente capítulo sino que ya en las páginas 22 y 23 del Capítulo I se hacía referencia a la misma.

⁵ En relación con el Reglamento 44/2001 Vid: D.O.U.E. serie L, núm. 12 de 16 de enero. De vital importancia en este ámbito: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 167 y ss, según estos autores nos encontramos ante: “El instrumento legal internacional de mayor importancia para la determinación de la competencia judicial internacional por los tribunales españoles, visto el amplio sector que regula”: Como se desprende de la lectura de la obra de estos autores y del análisis del texto internacional, debemos indicar que el Reglamento 44/2001, no sólo regula la competencia judicial internacional, sino que también regula los supuestos de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el ámbito comunitario, aunque dicha cuestión queda fuera de nuestro estudio, podemos avanzar que el Reglamento no dota de “eficacia inmediata” a las resoluciones judiciales de los Estados miembros sino que deberán respetarse unos procedimientos concretos como son los procedimientos del reconocimiento y del *exequátur*, en definitiva sólo cuando se cumplan los requisitos que exige el instrumento internacional se podrá reconocer la sentencia y en su caso ejecutarla (en líneas generales podemos afirmar como requisitos del reconocimiento y *exequátur* del Reglamento los siguientes: que estemos en presencia de una resolución judicial, sobre materias cubiertas por el Reglamento y que fuera dictada por autoridades de un Estado miembro) el cumplimiento de tales requisitos tendrán que ser observados por el Tribunal del Estado requerido, es decir, por el Tribunal del Estado miembro donde se quiera reconocer o ejecutar. De vital importancia es esta cuestión en relación con el Reglamento 1215/2012 puesto que como hemos avanzado al inicio del capítulo, reproduce en líneas generales el procedimiento recogido en el Reglamento 44/2001, con la salvedad de que ya no introduce un procedimiento específico de reconocimiento y *exequátur*, la última consecuencia a alcanzar es la supresión de ambos procedimientos entre Estados miembros de la Comunidad Europea. El Reglamento 1215/2012 supone un avance en relación a la cuestión pero no

La gran importancia del Reglamento 44/2001 ha quedado demostrada a lo largo de todo el tiempo de su aplicación, sin embargo en el ámbito comunitario se planteó la necesidad de su reforma de cara a la consecución de dos objetivos fundamentales: En primer lugar debemos tener en cuenta que los legisladores comunitarios entendían que el Reglamento 44/2001 adolecía de un defecto; este sólo resultaba aplicable cuando el demandado estuviera domiciliado en el territorio 44. Por ello, cuando los tribunales se encontraran que en un contrato de cesión de créditos en el que el demandado no estuviera domiciliado en el territorio 44 no se aplicaría la normativa comunitaria puesto que -como explicaremos en páginas posteriores- no se cumpliría uno de los ámbitos de aplicación. Sin embargo, podemos adelantar que las expectativas del nuevo Reglamento Bruselas I no se plasman en el caso concreto en este ámbito, puesto que “el texto final representa un significativo fracaso⁶”. La segunda cuestión que en cierto modo sí se ve plasmada en el Reglamento 1215/2012 es la supresión de procedimiento de *exequatur*, aunque queda fuera de nuestro objeto de estudio podemos adelantar que de nuevo nos encontramos con que “la transformación tiene un alcance más limitado de lo inicialmente pretendido⁷”.

2.1 Características básicas del Reglamento

La doctrina más cualificada en esta materia entiende que el Reglamento 44/2001 y en consecuencia el actual Reglamento 1215/2012 tiene las siguientes características básicas⁸:

implica la supresión definitiva de los procedimientos. Todo lo anterior será analizado al final del capítulo junto con las principales novedades del Reglamento 1215/2012. De igual forma Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales de distribución comercial*, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER., (Dir.), *Derecho Transnacional*, Comares, Granada, 2013, p. 55.

⁶ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit., p. 2. Compartimos la opinión de este autor, de nuevo nos encontramos con que el texto legal final es menos ambicioso que las intenciones iniciales. Por desgracia es algo que sí debería haber sido modificado en relación con el nuevo Reglamento Bruselas I. Al encontrarnos en una economía globalizada, la ansiada libre circulación de resoluciones sólo podría alcanzarse con la aplicación uniforme de la legislación por las autoridades de los Estados. En definitiva, el foro del domicilio del demandado debería haberse tratado como un foro “secundario” en el supuesto en el que el contrato, en nuestro caso de cesión de créditos estuviera suficientemente vinculado con la comunidad europea y por lo tanto la aplicación del Reglamento 1215/2012 fuera cuanto menos recomendable, pero nada más lejos de la realidad.

⁷ *Ibidem*.

⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol.I, op. cit., pp. 167-169. De nuevo debemos traer a colación una idea fundamental ya expresada en el inicio del capítulo, derivado de las enormes similitudes y del origen común de los dos instrumentos

En primer lugar debemos analizar las raíces sobre las que se fragua este Reglamento. El Tratado de Roma de 1957 o Tratado Constitutivo de la CEE, este Tratado impulsó la libertad de mercado y la eliminación de las barreras de los Estados de cara a la libre circulación de mercancías y servicios⁹. Sin embargo, ese intercambio no terminaba de despuntar derivado del “dilema del intercambio internacional¹⁰”; es decir, en el ámbito internacional los nacionales de un Estado miembro tenían miedo de entablar relaciones comerciales con los ciudadanos de otro Estado miembro derivado del hecho de que en caso de litigio o disputa se desconocía que tribunales serían los competentes para conocer del supuesto, la posible ley que se aplicaría al asunto (tema a tratar más adelante con el Reglamento Roma I) y en todo caso los efectos que la sentencia dictada por los tribunales de un Estado miembro pudiera tener en otro Estado miembro¹¹.

Se hace necesario así elaborar un instrumento internacional que solvete los problemas mencionados anteriormente; surge así el Convenio internacional que origina tanto el Reglamento 44/2001 como el Reglamento 1215/2012 es decir, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹². El Convenio de Bruselas supone un enorme avance frente a las legislaciones existentes en su nacimiento puesto que dicho Convenio unificó las legislaciones de los Estados miembros (sólo materia patrimonial) en relación a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Supuso un incremento de la seguridad jurídica de los operadores internacionales puesto que desde el momento

internacionales toda la doctrina y jurisprudencia, así como las consideraciones realizadas en relación con el Reglamento Bruselas I (R44) se podrán extrapolar y por lo tanto aplicar al nuevo Reglamento Bruselas I en todo lo relacionado con la competencia judicial; sin embargo la uniformidad tiene una importante excepción en relación con el procedimiento de *exequatur*. Las grandes diferencias entre los dos instrumentos internacionales en relación con este procedimiento serán mencionadas de forma breve a lo largo del capítulo por quedar fuera de nuestro objeto de estudio.

⁹ *Ibidem*. De igual forma: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit., p. 3. Como hemos mencionado anteriormente “El Reglamento 1215/2012 representa un eslabón más en el proceso puesto en marcha hace casi medio siglo con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968”.

¹⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso IBERDROLA vs. EDF”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 147-156.

¹¹ *Ibidem*

¹² DOCE núm. L 299 de 31 de diciembre de 1972. Este Convenio ha sido objeto de numerosas modificaciones como ya hemos avanzado anteriormente, Vid. DOCE 21 de diciembre de 2007, L 339/3.

de la firma de un contrato internacional podrán saber los tribunales competentes en caso de disputa y los efectos de las resoluciones de esos tribunales¹³.

Sin embargo, el Convenio de Bruselas sufre una transformación fundamental en el año 2000 fruto de lo que la doctrina más acreditada llama “la comunitarización o europeización del Derecho Internacional Privado (art. 81 TFUE antiguo 65 TCE)¹⁴”; se transforma en el Reglamento 44/2001 y así la numerosa jurisprudencia existente sobre el Convenio de Bruselas podrá aplicarse tanto al Reglamento 44/2001 como al Reglamento 1215/2012¹⁵.

En segundo lugar, el Reglamento 1215/2012 a semejanza de lo que sucedía con el Reglamento 44/2001 presenta un “carácter doble¹⁶” puesto que este instrumento internacional regulará tanto la competencia judicial internacional como el posible reconocimiento y ejecución de la resolución, es decir, su validez extraterritorial. Sin

¹³ Como bien afirman: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 167, el Convenio de Bruselas se convierte en “una pieza fundamental del mercado interior”.

¹⁴ *Ibidem*, p. 168. Como afirman estos autores, a grandes rasgos “la comunitarización, en definitiva, supone que el Derecho Internacional Privado de los Estados Comunitarios va experimentando un cambio radical en el sentido de que, cada vez con mayor frecuencia, el Derecho Internacional Privado de los Estados miembros es Derecho Internacional Privado producido por las instituciones comunitarias. Para llevar a cabo la comunitarización en este sector jurídico de los Estados parte -a excepción de Dinamarca que no se ha sumado a este proceso y con las reservas del Reino Unido y de Irlanda- la fuente más utilizada está siendo el reglamento comunitario, lo que tiene una serie de ventajas: el reglamento comunitario unifica plenamente las normas de Derecho internacional Privado de los Estados miembros; evita los problemas de derecho de los Tratados, como las reservas, denuncias, ratificaciones...; potencia la seguridad jurídica internacional, permitiendo a los particulares invocar directamente las normas contenidas en el Reglamento y obligando a los jueces estatales a aplicarlo de oficio; puede ser interpretado directamente por el TJCE a través del recurso prejudicial de interpretación (artículos 234 y 68 TCE)....” De igual forma Vid. BORRAS RODRÍGUEZ A., “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro, AA.VV en *Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gastéiz*, 2001, País Vasco, 2002, pp. 287-318.

¹⁵ Algunos autores entienden que la base del Reglamento 44/2001 no es sólida puesto que desborda el precepto origen del mismo (art. 65 TCE libre circulación de personas), sin embargo en este punto comparto la opinión de otros autores al entender que con el Reglamento no se desbordan las pretensiones del citado artículo puesto que la base jurídica del citado instrumento internacional es muy amplia; Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol.I, op. cit., p. 168; MARMISSE, Anne, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, 2000, Pulim, 509 p. De igual forma: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit., p. 3.; al entender que el citado Reglamento tiene su base jurídica en el artículo 81.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que establece la posibilidad de adopción de instrumentos internacionales de cara a la consecución del desarrollo en el ámbito comunitario de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transnacional. De igual forma sería de vital importancia en este ámbito el artículo 67.4 TFUE donde se reconoce el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas por tribunales dentro del territorio 44 con la finalidad de conseguir la tutela judicial.

¹⁶ Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 168.

embargo, como ya hemos mencionado anteriormente, en el ámbito del procedimiento de *exequátur*, el Reglamento 1215/2012 supone una importante novedad ya que entre sus finalidades destaca la supresión del mismo, con independencia de que en la práctica la tan anhelada supresión sea más ficticia que real.

En tercer lugar, el Reglamento tiene un “carácter distributivo y federador¹⁷” de las normas de competencia judicial internacional. Es decir, las normas del Reglamento distribuyen o reparten la competencia judicial internacional entre los diferentes órganos jurisdiccionales de los Estados miembros e incluso en ocasiones determinan el órgano jurisdiccional exacto de ese concreto¹⁸.

En último lugar, debemos tener presente al analizar el instrumento internacional su obligatoriedad. El Reglamento es obligatorio en todos sus elementos y como tal será directamente aplicable por todas las autoridades de los Estados miembros de la Comunidad Europea¹⁹. Lo anterior implica que no será importante la actitud de los sujetos intervinientes en el litigio a la hora de la aplicación del mismo; siempre se aplicará de oficio por los tribunales²⁰ y no es necesario que los países lo ratifiquen, un claro ejemplo lo tenemos en nuestro ordenamiento puesto que entró en vigor sin necesidad de publicación en el BOE²¹.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*. Posteriormente analizaremos al correspondiente competencia territorial con el análisis de los foros, en concreto: artículos 26 y 7 del Reglamento 1215/2012 antiguos artículos 23 y 5.1 del Reglamento 44/2001, foro de la sumisión expresa y foro especial en razón de la materia respectivamente. Sirva como avance que en ocasiones las partes deciden someterse directamente a un concreto tribunal de un concreto Estado y por ello dicha sumisión es válida y debe ser respetada; en otros casos por el contrario lo que sucede es que una de las partes se presenta ante los concretos tribunales de un Estado y la otra parte contesta a la demanda realizando alegaciones sobre el fondo del asunto sin impugnar la competencia de dichos tribunales.

¹⁹ Así se desprende del análisis del artículo 288. II TFUE antiguo 249. II TCE.

²⁰ De nuevo debemos dejar constancia de la mala aplicación que los tribunales españoles han hecho del reglamento 44/2001 (no sólo en sus comienzos sino también más recientemente); un ejemplo lo podemos observar en el Auto del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 2008 (RJ 2008/4488), en este supuesto el Tribunal de forma errónea en el fundamento Jurídico cuarto subordina la aplicación del Reglamento a la aplicación de previa de la normativa interna, en concreto a la aplicación previa del artículo 10.5 C.c. La posible aplicación del Reglamento a un supuesto por las partes en el caso de un contrato internacional vendrá determinado por el cumplimiento de los ámbitos de aplicación y nunca por la aplicación al supuesto de las normas internas del Estado cuyos tribunales están conociendo del asunto. Esperemos que los tribunales estén más acertados en la aplicación del Reglamento 1215/2012 especialmente en relación con el foro del domicilio del demandado y por lo tanto las sentencias sobre contratos de cesión de créditos que cumplan determinados requisitos estrictamente formales puedan ser reconocidas inmediatamente sin necesidad de procedimientos adicionales. Gran avance del Reglamento 1215/2012 que debe ser tenido en cuenta por nuestros tribunales.

²¹ *Ibidem*, p. 169.

Una vez que han quedado claros los rasgos más importantes del Reglamento hay que tener en cuenta que las normas del mismo deben ser objeto de una interpretación uniforme por parte de los Estados miembros; luego en caso de duda, se deberá acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a través de un recurso prejudicial del artículo 267 TFUE antiguo 234 TCE²².

El recurso prejudicial permite a los tribunales de los Estados miembros solicitar al TJCE por este medio que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Reglamento 1215/2012, así el concreto tribunal del Estado miembro dictará una resolución lo más ajustada al contenido de la normativa comunitaria. El TJCE a la hora de resolver los problemas interpretativos suele utilizar una técnica en concreto “la definición autónoma o particular”, es decir, el TJCE interpretará el Reglamento de conformidad con sus conceptos y por lo tanto no recurrirá a las definiciones concretas que los ordenamientos internos de los Estados tengan sobre ese particular concepto. Con ésta forma de interpretación se favorece la uniformidad, se garantiza la seguridad jurídica y por lo tanto los tribunales de los Estados miembros tendrán acceso a un “catálogo único de conceptos” del propio Reglamento²³.

Además, el Reglamento 1215/2012 utiliza varios mecanismos para solventar los conceptos problemáticos; a diferencia de lo que sucedía con el Reglamento 44/2001²⁴. Se introduce una novedad en relación con su antecesor puesto que el Capítulo I estará destinado a los ámbitos de aplicación y a las definiciones. Los artículos 2 y 3 del

²² *Ibidem*, p. 172.

²³ *Ibidem*. Existe numerosa jurisprudencia en este ámbito del TJCE, las sentencias más destacables: STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Painer* as. C-45/10; en concreto el fundamento de derecho 54; STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Bier* as. C-21-76; STJCE 27 de enero de 2000, *Dansommer* as. C-8/98; STJCE 2 de octubre de 2008, *Hassett* as. C-372/07 (en ellas se deja claro que las normas del Reglamento “deben interpretarse unas en función de las otras” puesto que el Reglamento es un “todo coherente y las normas deben conservar el efecto útil”) Con respecto a los objetivos del Reglamento: “la buena administración de justicia” Vid. STJCE de 1 de octubre de 2002; *Henkel* as. C-167/00 STJUE de 2 de octubre de 2008, *Hassett* as. C-372/07; en relación con el principio de “protección y seguridad jurídica de las personas establecidas en el territorio 44” Vid. STJCE 19 de febrero de 2002, *Besix* as. C-256/00. En relación a la interpretación derivado de “los principios generales del conjunto de los ordenamientos jurídicos nacionales STJCE de 14 de octubre de 1976, *Eurocontrol* as. C-29-76.

²⁴ En donde en ocasiones era el propio Reglamento el que definía determinados conceptos, como sucedía con el término de Resolución definido en el artículo 32, o por el contrario en otras ocasiones para definir el concepto el propio Reglamento establecía una remisión a favor de la Ley de un determinado Estado miembro así sucede con el concepto de domicilio empleado por el artículo 59, por el contrario en otras ocasiones remite a todo el Derecho Internacional Privado del concreto Estado miembro y en ese caso serán las normas de conflicto del propio Estado miembro las que determinen el concepto; así sucede con el concepto de domicilio de persona jurídica que emplea el propio artículo 22.2.

Reglamento 1215/2012 a lo que deba entenderse a efectos del Reglamento por resolución, transacción judicial, documento público, órganos jurisdiccional, estado miembro de origen o Estado miembro requerido...²⁵

Antes de comenzar con el estudio propiamente dicho del Reglamento debemos mencionar su estructura: Podemos adelantarnos a las conclusiones finales y afirmar nuevamente que el Reglamento 1215/2012 no supone un avance significativo en relación con su antecesor. Nos encontramos otra vez con una división en VIII Capítulos, en donde la principal novedad es aportada por el Capítulo I destinado a la regulación del ámbito de aplicación así como a la regulación de un conjunto de definiciones; abarca los artículos 1 a 3. El reglamento establece lo que deba entenderse por resolución, transacción judicial, documento público...El Capítulo II está destinado a las normas sobre competencia (arts. 4-35); podríamos afirmar que nos encontramos ante el núcleo duro o fuerte del reglamento, sin embargo en líneas generales reproduce las disposiciones de su predecesor.

Por el contrario, un avance cuanto menos significativo se alcanza con el Capítulo III destinado a las normas sobre reconocimiento y ejecución (arts. 36-57) muy importante de cara a la ejecución de una sentencia dictada –en nuestro caso- sobre un procedimiento de cesión de créditos en relación con la supresión del procedimiento de reconocimiento y *exequátur*, según se desprende de la lectura de los artículos 36 y 39 respectivamente. Por ello, en relación con el procedimiento de reconocimiento se entiende que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en el resto de Estados sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento específico de reconocimiento. Mayores avances implica el artículo 39 en relación con el procedimiento de *exequátur*, el propio artículo 39 indica que una resolución dictada en un Estado miembro (en nuestro caso en materia de cesión de créditos) tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento específico de declaración de ejecutividad. Sin embargo, el citado artículo debe ser completado con el artículo 42 donde se indican los requisitos necesarios para la ejecución, el solicitante del *exequátur* deberá: aportar copia de la resolución que deberá “cumplir los requisitos necesarios para ser considerada auténtica”; un “certificado de

²⁵ Para un análisis en mayor profundidad Vid. D.O.U.E serie L 351/1 de 20.12.2012 concretamente p.6.

conformidad con el artículo 53 donde conste que la resolución tiene fuerza ejecutiva...”. Para el supuesto en el que se inste la ejecución de una medida cautelar, el solicitante además de los requisitos anteriores deberá acreditar igualmente que “el órgano jurisdiccional es competente en cuanto al fondo del asunto”; que la “resolución tiene fuerza ejecutiva en el Estado de origen”; por último y sólo para el supuesto en el que la medida se citara sin la comparecencia del demandado se necesita acreditación de que a este se le notificó la resolución. Incluso en ocasiones de conformidad con el artículo 53 la autoridad de ejecución podrá solicitar una traducción si lo estima competente.

Todo lo anterior nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿Hasta qué punto el sistema de *exequatur* ha quedado suprimido? ¿La exigencia de todos esos requisitos no supone un procedimiento de *exequatur* “encubierto”? Además todo el proceso se agrava en el caso de las medidas cautelares puesto que en la práctica se exigen mayores requisitos que para ejecutar una sentencia ya firme; lo cual implica un gran obstáculo a la consecución de la tan ansiada quinta libertad comunitaria. La cuestión anterior cobra una gran trascendencia en nuestro ámbito de estudio, puesto que en numerosas ocasiones la sentencia que otorga la razón a una de las partes del litigio, cedente o cesionario e incluso los deudores, puede llevar aparejada una medida cautelar y por ello la misma sólo quedará garantizada con la rapidez necesaria. Es decir, en el caso de que una parte instara (solicitante) la ejecución de una medida cautelar o provisional dictada por las autoridades de un Estado miembro, como pudiera ser una medida de “embargo” de ciertos bienes situados en otro Estado miembro será imprescindible la inmediatez de la misma y en su caso la agilidad, lo cual es imposible de conseguir con los requisitos que exige el Reglamento 1215/2012 en su artículo 42. Luego muy a nuestro pesar, las intenciones no han sido plasmadas con rotundidad en el Reglamento.

Por otro lado, el Capítulo IV reglamenta los documentos públicos y las transacciones judiciales (arts. 58-60) El Capítulo V se ocupa de las disposiciones generales (arts. 61-65) El Capítulo VI sólo destina el artículo 66 a las disposiciones transitorias; el Capítulo VII sistematiza las relaciones del Reglamento 1215/2012 con otros instrumentos internacionales (arts. 67-73) y por último el Capítulo VIII es el encargado de regular las disposiciones finales que abarcan los artículos 74 a 81.

2.2 Ámbitos de aplicación del Reglamento

El Reglamento 1215/2012 a semejanza de lo que ocurría con el Reglamento 44/2001 sólo será aplicable a un contrato internacional de cesión de créditos cuando se den todos sus ámbitos de aplicación, simplemente cuando no se cumpla uno de ellos, los tribunales que estén conociendo del asunto tendrán que declararse competentes a través de otro instrumento internacional, y en defecto de instrumento internacional aplicable podrán declararse competentes sobre la base de la aplicación de sus normas de producción interna, pero nunca a través del Reglamento 1215/2012 con independencia de que el contrato de cesión de créditos esté vinculado con el ámbito comunitario. El orden en el que se cumplan los ámbitos de aplicación es indiferente, no exista prevalencia entre ellos lo importante es que se den todos en el concreto supuesto²⁶.

i) Temporal

En primer lugar analizaremos el ámbito de aplicación temporal, en definitiva, cuando ha entrado en vigor el Reglamento 1215/2012, se entiende que será aplicable por todos los Estados miembros de la Comunidad Europea a partir del 10 de enero de 2005²⁷.

Lo anterior no impide que debamos tener presente ciertas “particularidades” recogidas en el Capítulo VI y más concretamente el artículo 66 del Reglamento 1215/2012 donde se establecen determinados supuestos de derecho transitorio. El reglamento se aplicará a todas aquellos supuestos cuyas acciones hayan sido ejercitadas tras la entrada en vigor del mismo, es decir tras el 10 de enero de 2015²⁸ con independencia de la fecha en la que surgieran los hechos que originaran el litigio, por ende para determinar la aplicación del Reglamento a un supuesto internacional lo determinante será el momento en el que se ejercitó la acción; la misma debió

²⁶ De cara a nuestro objeto de estudio analizaremos los ámbitos de aplicación en el siguiente orden: ámbito temporal, espacial, material y personal, pero podrán ser analizados de cualquier otra forma, en definitiva no existe jerarquía a diferencia de lo que sucede con los foros (será objeto de estudio en posteriores páginas). Se puede observar un breve análisis de los mismos en RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Los contratos internacionales de distribución...”, op. cit., pp. 58-59.

²⁷ Por el contrario su predecesor el Reglamento 44/2001 entró en vigor el 1 de marzo de 2002 (art. 76); igualmente con carácter irretroactivo.

²⁸ Recordemos que el antiguo Reglamento 44/2001 entró en vigor el 1 de marzo de 2002.

interponerse tras la entrada en vigor del instrumento comunitario con independencia de que el litigio hubiera surgido mucho tiempo atrás. También se aplicará a los “documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha”²⁹.

El propio Reglamento 1215/2012 en el apartado b) del artículo 66 indica que con independencia del artículo 80, donde se indica que el Reglamento 44/2001 quedará derogado por el nuevo Convenio de Bruselas I, el Reglamento 44/2001 deberá aplicarse a aquellas acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos que han sido formalizados o registrados antes de esa fecha y también en relación con aquellas transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de ese momento³⁰.

²⁹ Artículo 66 del Reglamento 1215/2012 D.O.U.E serie L, 351/1 de 20.12.2012.

³⁰ Se entiende que para que se apliquen los citados Reglamentos además de darse los anteriores requisitos deberán cumplirse todos los ámbitos de aplicación, en el caso que nos ocupa, la cesión de créditos, como tendremos ocasión de comprobar en posteriores páginas no existirán mayores problemas en relación con el ámbito de aplicación material. Mayor complejidad presentaban los supuestos de validez extraterritorial de decisiones en el Reglamento 44/2001. Simplemente mencionaremos brevemente los requisitos temporales que exigía este instrumento internacional, puesto que como ya hemos avanzado anteriormente el nuevo Reglamento Bruselas I pretende la supresión del procedimiento de *exequátur*. En este punto, debemos tener presente que el Reglamento 44/2001 se aplicaba a las solicitudes de reconocimiento y exequátur de: a) Documentos públicos formalizados tras la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 (es decir, 1 de marzo de 2002); b) Resoluciones judiciales dictadas después del 1 de marzo de 2002 con independencia de que la acción se iniciara antes de esa fecha, es decir, lo importante es la fecha de la resolución judicial efectiva; c) En el caso de resoluciones judiciales dictadas tras la entrada en vigor del Reglamento (con independencia de que la acción se ejercitara antes) dichas resoluciones se reconocerán según lo indicado por el Capítulo III del citado instrumento internacional en otro Estado miembro del Reglamento en dos supuestos: Cuando la acción se hubiera ejercitado en el Estado miembro de origen tras la entrada en vigor del antecedente del Reglamento 44/2001, es decir, del Convenio de Bruselas o en su caso del Convenio de Lugano, también debería darse lo anterior en el Estado miembro de reconocimiento y ejecución de la sentencia es decir, en el Estado miembro requerido; en el resto de casos las reglas de competencia judicial internacional deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II del Reglamento o del correspondiente Convenio Internacional en vigor al tiempo de ejercitarse la acción tanto en el Estado miembro de origen como de renacimiento y exequátur de la acción. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 179. Si embargo, nuestros tribunales no han sido del todo claros a la hora de aplicar correctamente el ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001; (esperemos que no suceda lo mismo con el Reglamento 1215/2012). Por el contrario un caso de aplicación correcta por parte de nuestros tribunales del ámbito de aplicación temporal se puede ver en el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 8 de julio de 2011, Auto número 88/2011 (JUR 2011/412783) pues como afirma la Audiencia no se puede aplicar el Reglamento 44/2001 puesto que no se da su ámbito de aplicación temporal puesto que la resolución de cuya ejecución se trata fue dictada por el Tribunal Civil de Busto Arsizio (Italia) en fecha 11 de octubre de 1.991 fecha en la que todavía no había entrada en vigor el Reglamento 44/2001.

ii) Espacial

El Reglamento 1215/2012 de igual forma que su predecesor el Reglamento 44/2001, se aplica al entero territorio de los Estados miembros, es lo que se denomina “territorio 44³¹”, luego los Tribunales y autoridades del territorio 44 están obligados a aplicar el Reglamento 1215/2012. En este momento cobra especial importancia el Considerando 41 del Reglamento 1215/2012 donde se indica que Dinamarca no ha participado en la adopción del presente Reglamento, así pues no queda vinculada por el instrumento internacional, sin embargo sí le será de aplicación el Reglamento 44/2001 como se desprende del artículo 3 del Acuerdo celebrado entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca de 19 de octubre de 2005 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³².

Sin embargo, serán las normas de Derecho Internacional Público de cada Estado miembro las que determinen el ámbito territorial concreto al que se aplica el Reglamento 1215/2012, importante en este aspecto es el artículo 355 TFUE³³ antiguo 299 TCE, donde se aclaran determinados supuestos a los que también se aplica el Reglamento³⁴. Por todo ello, cuando nos encontremos ante un supuesto de un contrato

³¹ *Ibidem*, p. 178.

³² DO L 299 de 16.11.2005 concretamente Vid. p. 62.

³³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47.

³⁴ Para un estudio en mayor profundidad Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 178 (en relación con el R44/2001) Los citados autores entienden que: En primer lugar, en relación con Francia, se aplicará a todos los territorios integrantes de la República francesa incluidos los departamentos franceses de Ultramar. En segundo lugar, debemos mencionar el supuesto de Reino Unido, el Reglamento 44/2001 será aplicable también a Gibraltar. Luego “el Reglamento 44/2001 se aplica a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado”. En el caso de nuestro país, el Reglamento 44/2001 se aplica al entero territorio nacional. En cuarto lugar, debemos mencionar el supuesto de Portugal, el Reglamento 44/2001 también será aplicable a las Islas Azores y Madeira. En quinto y último lugar nos encontramos con que el Reglamento 44/2001 será aplicable a las Islas Aland en relación con Finlandia. Una vez explicado con claridad el término “Territorio 44” debemos mencionar los territorios a los que no les será de aplicación el citado instrumento internacional. Con respecto a Francia, el Reglamento no se aplica a la Polinesia francesa, Nueva Caledonia, Islas Wallis y Futura, Saint-Pierre et Miquelon, Mayotte, tierras australes y antárticas francesa. De cara al Reino Unido, el Reglamento no se aplica a las Islas del Canal o Anglonormandas, Isla de Man, zonas de soberanía del Reino Unido de Akrotiri y Dhekelia situadas en Chipre, Islas Cayman, Anguila, Malvinas-Falkland, Georgia del Sur y Sandwich del Sur, Monserrat, Pitcairn, Santa Elena y dependencias, territorio antártico británico, territorios británicos del Océano Índico, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes británicas, Bermudas. Con respecto a Dinamarca, el Reglamento 44/2001 no se aplica ni a las Islas Feroe ni a Groenlandia; y por último debemos mencionar que para el caso de los Países Bajos, el instrumento internacional no será aplicable ni a Aruba ni a las Antillas neerlandesas (Donaire, Curaçao, Saba, San Eustaquio, San Martín)

de cesión de créditos, al intervenir varias partes en el litigio habrá que prestar especial atención al ámbito de aplicación de espacial entre otros.

iii) Material

En este caso tendremos que determinar los litigios que deben quedar cubiertos por el Reglamento 1215/2012 (art. 1); éstos deberán presentar dos características cumulativas³⁵: Que nos encontremos ante litigios internacionales y que sean materia civil y mercantil. Este artículo no ha introducido importantes modificaciones en relación con el Reglamento Bruselas I, simplemente debemos mencionar que en el artículo 1 del nuevo Reglamento se indica expresamente que no se aplicará “(...) a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad” en definitiva *actos de iure imperii*. Así pues, podemos afirmar que el Reglamento 1215/2012 al igual que sucedía con el Reglamento 44/2001 se aplicará con independencia de otros factores como son: Nacionalidad de las partes, el tipo de órgano jurisdiccional que conoce del litigio, las características de la acción o el tipo de procedimiento³⁶. En nuestro caso

³⁵ Para que se aplique el Reglamento 1215/2012 deben darse las dos características. Luego el Reglamento se aplicará a litigios internacionales con carácter civil y mercantil. Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 179 en relación con el Reglamento 44/2001.

³⁶ *Ibidem*, p. 180 Este sector doctrinal entiende que el Reglamento 44 se aplica con independencia de la nacionalidad de los sujetos, “no se aplica exclusivamente a los nacionales de un Estado miembro, sino a todo sujeto”; con respecto al tipo de órgano jurisdiccional que conoce del caso, los mismos autores entiende que “es indiferente el orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal que conoce del asunto. Por ello, el Reglamento 44/2001 se aplica a las acciones civiles de las que conoce un tribunal del orden jurisdiccional penal (STJCE 21 de abril de 1993, *Sonntag* as. C-172/91; así como STJCE de 28 de marzo de 2000 *Krombach* as. C-7/98); en relación con la naturaleza de la acción el mismo sector doctrinal entiende que se puede aplicar el Reglamento tanto a acciones colectivas como a las individuales, y así lo acredita la jurisprudencia del TJCE en la Sentencia de 1 de octubre de 2002 *Henkel* as. C-167/00. Mayores problemas se plantea con el tipo de procedimiento, puesto que no existe uniformidad de cara a la aplicación del Reglamento en determinados procesos como son los procedimientos monitorios. De nuevo compartimos la opinión de éste sector doctrinal puesto que, nada impide su aplicación a éstos procesos, a pesar de que en la práctica numerosos tribunales deciden no aplicar el citado instrumento en estos procesos alegando que derivado de la especialidad del litigio serían aplicables otras normas internacionales como: El Reglamento 1896/2006 de 12 de diciembre de 2006 sobre procedimiento monitorio europeo. Vid Auto de Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2008, en este supuesto la Audiencia Provincial de Barcelona de forma errónea no aplica el Reglamento 44/2001 a un supuesto de un proceso monitorio en el que el demandado tenía domiciliado en Italia y sin embargo prestaba servicios en España (lo lógico sería entender que el proceso monitorio es un proceso ordinario con independencia de que en determinados supuestos también se deban aplicar determinadas reglas especiales) Y por lo tanto en este caso nos encontraríamos ante un supuesto internacional y por lo tanto el Reglamento sería aplicable.

Otro de los problemas que se pueden plantease en la práctica concreto viene de la aplicación o no aplicación del Reglamento a los procedimientos de procedimientos de jurisdicción voluntaria. De nuevo debemos hacer nuestras las opiniones del sector doctrinal anteriormente mencionado, puesto que los únicos requisitos que el Reglamento exige de cara al ámbito de aplicación material es que sean litigios

podemos afirmar que la materia de cesión de créditos tendría cabida dentro de este ámbito. En este punto debemos mencionar un tema fundamental, las diligencias preliminares (arts. 256-263 LEC), en definitiva aquellos actos previos necesarios en todo procedimiento para llegar a una resolución; (pruebas testificales, documentales, periciales...) Igualmente compartimos las opiniones de la doctrina más cualificada al entender que la aplicación del Reglamento se supeditarán a lo siguiente³⁷:

En primer lugar, el Reglamento se aplicará cuando la materia del “futuro pleito” tenga carácter civil o mercantil, estos autores mencionan como ejemplo “contratos, derechos reales, sociedades y responsabilidad civil no contractual entre otros”.

En segundo lugar debemos tener en cuenta el domicilio del demandado, de nuevo estos autores realizan una aclaración fundamental, puesto que, “no debe entenderse referido al domicilio del <<futuro posible demandado>>, sino al domicilio de la persona a la que o contra la que se solicita la adopción de éstas diligencias preliminares³⁸”.

En tercer y último lugar, una vez que hemos determinado la aplicación del reglamento a un supuesto concreto y en su caso averiguado la competencia internacional de los tribunales al concreto supuesto, en nuestro caso la competencia de los tribunales españoles, podemos ir un paso más allá y determinar los concretos tribunales españoles

internacionales con carácter civil y mercantil y estos requisitos se dan en los actos de jurisdicción voluntaria. No podemos olvidar que siempre caben excepciones a la regla general, podríamos entender que lo no prohibido expresamente está permitido. En contra de lo anterior Vid. SALERNO, F., “Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001”, *CDT*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 5-25. De nuevo debemos realizar la siguiente afirmación: Toda la jurisprudencia y doctrina elaborada entorno al Reglamento 44/2001 puede y debe ser extrapolada en relación con el Reglamento 1215/2012 puesto que tienen un origen común y el contenido de los dos instrumentos internacionales es semejante en la mayoría de los supuestos. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit., p. 4: “Con respecto al ámbito de aplicación material, el artículo 1 no representa una transformación significativa, pero introduce modificaciones puntuales que reflejan la evolución del Derecho internacional privado de la UE o el interés en incluir de manera expresa ciertas precisiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. Aunque queda fuera objeto de nuestro estudio, podemos afirmar que el nuevo Reglamento introduce otra novedad de cara a la redacción del artículo 1.2 donde se habla de regímenes matrimoniales o “los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable”. Compartimos la opinión de este autor al entender que la finalidad de dicha reforma es “que en materia de alimentos el Reglamento 44/2001 había sido ya desplazado previamente como consecuencia de la adopción del Reglamento 4/2009 en materia de alimentos”. Para un estudio mas exhaustivo del tema Vid. Reglamento 4/2009 de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos DO 7 L de 10.1.2009.

³⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 181. En relación con el Reglamento 44/2001.

³⁸ *Ibidem*

que conocerán del litigio, es decir, la competencia territorial; ésta vendrá determinada por el artículo 257 de la LEC³⁹. En el supuesto en el que las medidas provisionales sean dictadas por un tribunal español pero se deban cumplir en otro Estado miembro, por ejemplo el Estado del lugar de situación de los bienes del demandado, la parte interesada deberá iniciar un procedimiento de reconocimiento y ejecución de tales medidas ante los tribunales del lugar de cumplimiento de las mismas para que las mismas sean eficaces y válidas en el lugar de ejecución.

A continuación desarrollaremos los dos requisitos que el reglamento exige en relación a su ámbito de aplicación material.

En primer lugar debemos analizar el término “litigios internacionales”⁴⁰: Para que el Reglamento 1215/2012 pueda ser aplicable debemos encontrarnos ante un litigio internacional, el artículo 81 TFUE antiguo 65 TCE (artículo sobre el que se elabora el Reglamento 44/2001) hace referencia a “medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza”⁴¹. Luego este requisito se cumpliría cuando nos encontráramos ante un contrato de cesión de créditos en el ámbito comunitario. En definitiva, los supuestos que no cumplan éste requisito tendrán que ser resuelto por los Tribunales de los Estados miembros aplicando su derecho interno⁴².

De nuevo nos encontramos con otro problema que tampoco ha sido solventado por el Reglamento⁴³: el hecho de que el citado texto internacional no establezca de forma

³⁹ Estamos haciendo referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, en concreto el citado artículo indica que será competente el “Juez de Primera Instancia del domicilio de la persona que, en su caso, hubiere de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaren para preparar el juicio”, si el domicilio de ésta persona no estuviera en España deberán aplicarse las reglas de los artículos 50, 51 y 52 del mismo texto legal. En líneas generales estos artículos hacen competente al juez de residencia de demandado en territorio español, en defecto de lo anterior serán competentes los tribunales del lugar en el que se encuentren en territorio nacional, en defecto de lo anterior el lugar de última residencia, en defecto el lugar del domicilio del actor, los empresarios y profesionales en litigios derivados de su actividad profesionales también podrán ser demandados ante el tribunal del lugar en el que realicen su actividad empresarial...

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 181-182.

⁴¹ *Ibidem*, p. 181

⁴² *Ibidem*

⁴³ Debemos dejar constancia de las “enormes lagunas” de las que adolece dicho instrumento internacional las cuales ya existían en el anterior Reglamento: la pretendida uniformidad en este ámbito entre los diferentes Estados sólo se puede alcanzar cuando existan nociones comunes para todos ellos, y eso sólo habría podido alcanzarse cuando el listado de definiciones contenido en el artículo 2 del Reglamento 1215/2012 hubiera sido más exhaustivo puesto que sigue siendo necesaria la uniformidad en la definición de otros conceptos más problemáticos como pueden ser el concepto de litigio internacional.

expresa lo que deba entenderse por supuesto internacional. La laguna deberá solventarse mediante análisis jurisprudencial; podemos constatar que el TJCE sigue la tesis del “elemento extranjero” *-Foreign Element Theory-* en virtud de la cual: Son internacionales los litigios que presenten algún elemento de extranjería con independencia del tipo de elemento que sea y cuál sea el país con el que el litigio esté conectado, incluso será internacional en aquellos supuestos en los que el litigio esté conectado con un Estado no perteneciente al Territorio 44⁴⁴.

⁴⁴ *Ibidem*, de vital importancia en este ámbito como señalan los autores mencionados son las siguientes sentencias del TJCE: En relación con el Convenio de Bruselas Vid. STJCE de 28 de marzo de 1995 *Benson*, as. C-346/939; STJCE de 1 de marzo de 2005, *Owusu* as. C-281/02 y la STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypotecní banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, as. C-327/10: Sentencia muy importante puesto que podemos afirmar que sienta las bases de la Teoría del elemento extranjero, en concreto los fundamentos de derecho 29 a 33 en relación al Convenio de Bruselas y al Reglamento 44/2001; en concreto en esta Sentencia el Tribunal establece que el Reglamento debe interpretarse en el siguiente sentido: “(...)En una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que un consumidor que ha firmado un contrato de préstamo inmobiliario de larga duración, el cual establece la obligación de informar a la otra parte contratante de todo cambio de domicilio, renuncia a su domicilio antes de la interposición de una acción en su contra por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre el último domicilio conocido del consumidor son competentes, en virtud del artículo 16, apartado 2, de dicho Reglamento, para conocer de esa acción en caso de que no logren determinar, con arreglo al artículo 59 del mismo Reglamento, el domicilio actual del demandado ni dispongan tampoco de indicios probatorios que les permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión Europea. Dicho Reglamento no se opone a la aplicación de una disposición procesal interna de un Estado miembro que, con el fin de evitar una situación de denegación de justicia, permite la tramitación de un procedimiento en contra y en ausencia de una persona con domicilio desconocido, siempre y cuando el órgano jurisdiccional que conoce del litigio se haya cerciorado, antes de pronunciarse acerca del mismo, de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado”. Sin embargo, según un importante sector de la doctrina española en concreto CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I., op. cit., p. 182; existen otras teorías a mencionar a pesar de que no son tan rigurosas y tan claras como la Teoría del elemento extranjero, estamos haciendo referencia a: “Teoría del domicilio de las partes en diferentes Estados”, ésta tesis establece que para que nos encontremos ante un litigio internacional y por lo tanto para que sea aplicable el Reglamento 1215/2012 las partes deben estar domiciliadas en diferentes Estados Miembros y eso debe cumplirse de forma rigurosa, puesto que para los seguidores de ésta teoría es indiferente que existan otros elementos que internacionalicen el supuesto, luego para sus seguidores el reglamento nunca podría aplicarse a los supuestos en los que las partes tuvieran el domicilio en el mismo Estado. Compartimos la opinión de la doctrina más cualificada al entender que ésta tesis es “descabellada” puesto que si el Reglamento hubiera circunscrito su ámbito de aplicación al hecho de que las partes tuvieran domicilios en distintos estados miembros se hubiera recogido de forma expresa; además de seguirse esta tesis podríamos estar vulnerando las propias reglas del instrumento internacional, puesto que su finalidad es garantizar su aplicación de forma generalizada a los litigios internacionales (como hemos avanzado anteriormente basta con que se de un elemento que internacionalice la situación para que el Reglamento sea aplicable con independencia de su naturaleza) para favorecer la uniformidad jurídica, la libre circulación de resoluciones judiciales por el territorio 44 y agilizar de esa forma las transacciones comerciales y la prestación de servicios. La segunda tesis es la “de la negación del carácter internacional” no es más acertada que la anterior, sus partidarios entienden que el Reglamento 44/2001 puede aplicarse a cualquier tipo de litigio, tenga carácter interno o internacional⁴⁴, este sector doctrinal se apoya en el hecho de que ciertas disposiciones del Reglamento no exigen la internacionalidad como sucede con el artículo 2 (Foro del domicilio del demandado). Sin embargo, no podemos estar más en desacuerdo con esta teoría puesto que el propio Reglamento de forma expresa establece que será aplicable a los litigios civiles y mercantiles con carácter internacional.

Una vez que hemos analizado el concepto de “litigio internacional” debemos analizar el segundo requisito que exige el ámbito de aplicación material del Reglamento para que sea aplicable, es decir, analizaremos el concepto “materia civil o mercantil”:

El artículo 1.1 del Reglamento con gran desacierto (lo mismo sucedía con el Reglamento 44/2001) establece que sólo será aplicable a la materia “civil o mercantil”, sin embargo este instrumento no define lo que debe entenderse por “materia civil y mercantil” y ni siquiera remite a la Ley de un Estado miembro para elaborar la definición⁴⁵.

Por ello, es el TJUE el que proporciona un “concepto autónomo” de “materia civil y mercantil”; el propio tribunal indica que para definir el concepto nunca se deberá acudir a la Ley de un Estado miembro, sino que es un “concepto propio, autónomo y exclusivo del Reglamento⁴⁶”.

Dicho concepto se obtendrá teniendo en cuenta los principios básicos, objetivos del Reglamento y los principios generales extraídos de los Derechos nacionales de los Estados miembros. Luego en todo caso, será materia civil y mercantil “las relaciones jurídicas entre las partes privadas, esto es, a los litigios entre particulares, o relaciones jurídicas de Derecho privado⁴⁷”.

Luego lo importante será “la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia se quiere garantizar, los procedimientos o las decisiones judiciales⁴⁸”.

Sin embargo se nos plantea una dificultad añadida en ese ámbito puesto que el Tribunal nunca ha dado una “definición general” del concepto “materia civil y

⁴⁵ *Ibidem*, p. 183 siempre en relación con el Reglamento 44/2001.

⁴⁶ *Ibidem*, este sector doctrinal indica que fruto de lo anterior son las siguientes sentencias ya mencionadas en las páginas anteriores: STJCE de 14 de octubre de 1976 *Eurocontrol*, as. C-29/76; STJCE de 16 de diciembre de 1980 *Rüffer*, as. C-814/79; STJCE de 14 de noviembre de 2002, *Baten* (as. C-271/00); STJCE 15 de mayo de 2003 *Préservatrice*, as. C-266/01; STJUE de 15 de febrero de 2007 *Lechouritou*, as. C-292/05; STJCE 28 de abril de 2009 *Apostolides*, as. C-420/07.

⁴⁷ *Ibidem*, de nuevo éste sector doctrinal cita la STJCE de 28 de abril de 2009 *Apostolides*, as. C-420/07; en concreto Vid. Fundamentos de Derecho 42-46; STJUE de 18 de octubre de 2011, *Realchemie*, as. C-406/09 en concreto el Fundamento de Derecho 39.

⁴⁸ *Ibidem*, importante en este ámbito son STJCE de 27 de marzo de 1979 *de Cavel*, as. C-143/78 en concreto Vid. Fundamento de Derecho número 8; STJCE de 17 de noviembre de 1998 *Van Uden*, as. C-391/95; especialmente su Fundamento de Derecho número 33; y la anteriormente mencionada STJUE de 18 de octubre de 2011, *Realchemie* (as. C-406/09) fundamentos de derecho del 40 al 42.

mercantil” sólo ha dejado claro que son relaciones sujetas a Derecho privado⁴⁹. De nuevo podemos afirmar que el contrato de cesión de créditos tendría cabida en este supuesto.

Si analizamos la jurisprudencia del Alto Tribunal⁵⁰, podemos observar que se ha realizado “una interpretación amplia de lo que debe entenderse por materia civil y mercantil” y una “interpretación estricta de las materias excluidas⁵¹”. En líneas generales podemos afirmar que la razón de la exclusión de estas materias dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012 al igual que sucedía con el Reglamento 44/2001 estriba en el hecho de que en la mayoría de ocasiones no son materias civiles o mercantiles, por el contrario en otros casos siendo materias civiles y mercantiles nos encontramos con supuestos objeto de especial regulación por un instrumento internacional más específico, las materias excluidas se encuentran reguladas en el artículo 1.2 apartados a) a f)⁵².

Luego el Reglamento 1215/2012 será aplicable a los litigios civiles y mercantiles que tengan carácter internacional, es decir, litigios patrimoniales entre sujetos privados fuera del derecho de familia; es lo que la doctrina denomina “*Internacional Business*”⁵³. Sobre la base anterior debemos precisar que el Reglamento será aplicable a: las donaciones salvo las que sean por causa de muerte; el *Trust* en general salvo el que tenga carácter sucesorio y los litigios derivados del Derecho del Trabajo (con la salvedad de la Seguridad Social⁵⁴); todo lo anterior nos sirve para afirmar que dentro del Reglamento 1215/2012 sí tienen cabida los contratos de cesión de créditos.

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ Debemos tener en cuenta que toda la jurisprudencia del TJCE es en relación con el Reglamento 44/2001.

⁵¹ *Ibidem*

⁵² Las materias excluidas mencionadas por el artículo 1.2 son: a) “Estado y capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio...”, b) “quiebra, convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos”, c) “seguridad social”, d) “arbitraje”; e) “las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad” y f) “los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte”. En Reglamento 1215/2012 introduce como novedosos los dos últimos apartados. Entendemos que la mención expresa de esas dos exclusiones no hubiera sido necesaria puesto que existen instrumentos internacionales que regulan dichas cuestiones de forma específica.

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ *Ibidem*, Vid. STJCE de 13 de noviembre de 1979 *Sanicentral*, as. C-25/79; de igual modo excluyendo la Seguridad Social del ámbito de aplicación del Reglamento ATS Social de 11 de junio de 2002, (RJ 2002/7802)

iv) Personal

El Reglamento 1215/2012 es una normativa elaborada por instituciones comunitarias, luego lo lógico es entender que sólo será aplicable a los litigios vinculados con la Unión europea o como dice la doctrina más autorizada “casos europeos”⁵⁵.

Sobre la base de todo lo anterior debemos tener presente los siguientes hechos:

En primer lugar, podemos considerar que el origen del Reglamento 1215/2012 al igual que sucedía con el Reglamento 44/2001 se sitúa en la necesidad de unificar la dispersión existente en los Estados miembros en lo referente a la Competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el Territorio 44. Luego el Reglamento sólo será aplicable en relación a litigios suficientemente vinculados con la Unión Europea⁵⁶.

En segundo lugar como indica el propio artículo 4 del Reglamento se aplicará íntegramente por las Autoridades de los Estados Miembros y en definitiva no podrán aplicarse al caso en concreto las normativas internas de los Estados⁵⁷. Nos encontramos en este punto con que las grandes expectativas de reforma del foro del domicilio del demandado del artículo 2 del Reglamento 44/2001 se han visto truncadas en el nuevo artículo 4 del Reglamento 1215/2012. Se produce una copia literal del foro del domicilio del demandado lo que nos lleva de nuevo a indicar la necesidad de que el domicilio del demandado esté en territorio 44 para que también fuera aplicable este instrumento internacional; con independencia de que existieran otros contactos del supuesto concreto que “comunitarizan” la situación. Podemos afirmar que en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, el contrato de cesión de créditos, será de vital importancia -muy a nuestro pesar- el domicilio del demandado de cara a averiguar la competencia de los tribunales en caso de disputa o litigio⁵⁸.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 189; compartimos la opinión de éstos autores al entender que con éste tipo de normativa se garantiza la seguridad del tráfico jurídico y de los operadores comerciales puesto que de antemano sabrán que a un litigio suficientemente vinculado con la Unión Europea le será aplicable su normativa.

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ *Ibidem*; el propio artículo 4 del Reglamento 1215/2012 podía haber sido

⁵⁸ Lo más lógico en este ámbito es que el Reglamento 1215/2012 hubiera avanzado más en este ámbito y no exigiera el domicilio del demandado en el territorio 44 para que este fuera aplicable y por lo tanto, el

En tercer lugar debemos poner de relieve que en ocasiones el caso en concreto está “semi-conectado con la UE”, es decir, el Reglamento 44/2001 debe ser aplicable a los litigios que presenten algún contacto con la UE con independencia de que también presenten vínculos con terceros Estados ajenos a la Unión⁵⁹. Estamos haciendo referencia a los supuestos del artículo 4 apartado segundo del Reglamento 44/2001 actual artículo 6 del Reglamento 1215/2012, se trataría de los casos en los que en relación con un contrato de cesión de créditos nos encontráramos con que el demandado no está domiciliado en el territorio 44 y sin embargo el litigio sí está vinculado con ese territorio, bien porque las partes hayan realizado un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales del territorio 44 o por que el objeto del litigio es objeto de una competencia exclusiva de un concreto Estado miembro. En estos supuestos los tribunales del Territorio 44 se declararán competentes sobre la base de la aplicación de sus normas internas de competencia judicial internacional y además en determinados casos también deberán aplicarse ciertos preceptos del Reglamento 44/2001 en nuestro caso Reglamento 1215/2012⁶⁰.

En cuarto lugar mencionamos los supuestos en los que el litigio no está conectado de ninguna manera con la Unión Europea, en esos casos, es el propio Reglamento el que determina su no aplicación y no serán competentes los tribunales de los Estados miembros a través de ésta vía (Reglamento 1215/2012); luego los tribunales que se consideren competentes para conocer del supuesto litigio en materia de cesión de créditos serán competentes o no dependiendo de lo que establezcan las normas de competencia judicial internacional de producción interna⁶¹.

De todo el planteamiento el anterior se deduce la siguiente conclusión: “En general el Reglamento 1215/2012 al igual que sucedía con su antecesor el Reglamento 44/2001 emplea el criterio del <<domicilio del demandado>> en un Estado miembro como

Reglamento 1215/2012 fuera aplicable con independencia del domicilio del demandado siempre y cuando el contrato de cesión de créditos estuviera suficientemente conectado con la Unión Europea.

⁵⁹ Es lo que la doctrina define como “litigios semi-conectados con la UE” Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 189.

⁶⁰ *Ibidem*, luego a la hora de aplicar el Reglamento 44/2001 no sólo debemos tener presente si el demandado tiene su domicilio o no el Territorio 44, habrá que analizar más datos del caso en concreto. Elemento esclarecedor en la materia es Informe explicativo de POCAR, Fausto; sobre el Convenio de Lugano II, núm. 13, DOUE de 13 de diciembre de 2009 (C-319/1)

⁶¹ *Ibidem*

criterio de aplicación/no aplicación de dicho Reglamento⁶²». A partir de eso hecho podemos diferenciar dos situaciones:

Como indica el artículo 3.1 del Reglamento 44/2001 en nuestro caso artículo 5.1 del Reglamento 1215/2012, si el demandado en un litigio de cesión de créditos tuviere su domicilio en un Estado miembro del Reglamento este será aplicable pues se entiende que el litigio está suficientemente vinculado con la UE.

De otro lado, cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro se entiende en virtud de la aplicación del artículo 4.1 Reglamento 44/2001, actual artículo 6.1 del Reglamento 1215/2012, que el instrumento internacional no será aplicable al caso para determinar la competencia y por ello se deberán aplicar las normas de competencia judicial internas del Tribunal que conoce del caso para determinar su competencia; sin embargo, éste planteamiento tiene excepciones en el supuesto de que, a pesar de que el demandado no estuviere domiciliado en Territorio 44 el supuesto sí esté “suficientemente vinculado con la UE”, nos referimos a los supuestos de foros exclusivos del artículo 24 (un ejemplo podría ser un litigio sobre un contrato de arrendamiento de un inmueble situado en territorio 44)⁶³; los supuestos del artículo 23 actual artículo 25 del Reglamento 1215/2012 (sumisión expresa de las partes a un tribunal o tribunales del Territorio 44) o el supuesto del artículo 26 del mismo texto legal (sumisión tácita de las partes a un tribunal o tribunales del Territorio 44); en todo caso, a la hora de determinar si una persona física tiene su domicilio en un Estado en concreto, el propio artículo 62 del Reglamento 44/2001 establece que deberá aplicarse el Derecho interno de ese concreto Estado y para el supuesto de personas jurídicas deberán darse algunos de los requisitos del artículo 63 del Reglamento 1215/2012⁶⁴.

Una vez analizadas las excepciones que se pueden dar en relación al término de domicilio podemos diferenciar las siguientes situaciones⁶⁵:

⁶² *Ibidem*, p. 190; éstos autores citan las siguientes sentencias STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypotecní banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, (as. C-327/10) en concreto los fundamentos de derecho 40 a 41.

⁶³ No debemos prestar mayor atención a los foros exclusivos porque como podremos comprobar más adelante el contrato de cesión de créditos queda fuera de su objeto.

⁶⁴ *Ibidem*. La doctrina siempre deberá entenderse en relación con el Reglamento 44/2001.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 191.

En primer lugar, cuando las dos partes tanto demandante como demandado están domiciliadas en Territorio 44, serán aplicables con carácter excluyente las normas de competencia judicial del Reglamento 1215/2012, nunca podrá acudir para determinar la competencia judicial internacional a las normas de producción interna⁶⁶.

En segundo lugar puede suceder que en ocasiones en relación con un contrato de cesión de créditos en el comercio internacional, nos encontremos con que el demandante no esté domiciliado en territorio 44 y el demandado sí lo esté, en ese caso al igual que lo que sucedía con el supuesto anterior se aplicarán todas las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 con exclusión de las normas internas⁶⁷.

En tercer lugar puede darse la situación de que en el contrato de cesión de créditos no encontremos con que el demandante sea el que esté domiciliado en el Territorio 44 y sin embargo el demandado no lo esté. En este caso, la competencia judicial internacional se determinará aplicando las normas de competencia judicial de producción interna del país ante el que se está litigando, incluidos los foros exorbitantes del artículo 5.2 del Reglamento 1215/2012. En este ámbito el artículo 5.2 introduce una novedad importante en relación con su predecesor (artículo 3.2 del Reglamento 44/2001) al indicar que no podrán invocarse en estos casos las normas a las que se refiere el artículo 5.1 mencionando de forma expresa “las normas nacionales de competencia judicial que los Estados miembros han de comunicar a la Comisión de conformidad con lo establecido en el artículo 76, apartado 1 letra a)”. Por otro lado el artículo 6.2 del Reglamento 1215/2012 (art. 4.2 del Reglamento 44/2001) permite al demandante domiciliado en un Estado del territorio 44 (Estado del que además es nacional) demandar a un demandado no domiciliado en el territorio 44 a través de los foros previstos en ese derecho nacional incluido los foros exorbitantes⁶⁸.

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ *Ibidem*, estos autores citan la STJCE de 13 de julio de 2000 *Josi*, as. C-412/98.

⁶⁸ *Ibidem*, un ejemplo de lo anterior lo podríamos encontrar en materia de cesión de créditos en el supuesto de que un demandante español con domicilio en Reino Unido demande a un sujeto con domicilio en Rusia ante los tribunales de Reino Unido en aplicación de las normas de producción interna de ese país (probablemente por el foro del domicilio del demandante); además de aplicar al caso en concreto las normas de producción interna de Reino Unido serán aplicables unas normas del Reglamento 1215/2012 como son: el artículo 24 para el supuesto de existencia de foros exclusivos y el artículo 26 en el supuesto en el que las partes hubieran optado por una sumisión tácita a favor de prorrogar la competencia judicial internacional de tribunales del Territorio 44. Sin embargo, compartimos la argumentación dada por éste sector doctrinal, pues en este caso, el Tribunal tendrá que hacer previamente

En cuarto lugar, puede suceder que nos encontremos con que ninguna de las dos partes (ni demandante ni demandado) estén domiciliados en el Territorio 44, en ese caso como indica el propio artículo 4 apartado primero del Reglamento para determinar la competencia judicial internacional serán aplicables las normas de producción interna del país que está conociendo del asunto, además se deberán aplicar de nuevo el artículo 22 del Reglamento 44/2001 para el supuesto de foros exclusivos y el artículo 24 del mismo texto si en el caso en concreto las partes hubieran realizado un pacto de sumisión expresa a favor de un tribunal o tribunales del territorio 44⁶⁹.

En quinto lugar debemos mencionar lo que sucede con las medidas provisionales o cautelares. A la hora de determinar si los tribunales de un Estado miembro son competentes de cara a adoptar medidas provisionales o cautelares serán aplicables las normas de dicho Estado artículo 5.1 del Reglamento 1215/2012 (antiguo art. 3.1 del R44/2001)⁷⁰

Debemos terminar el análisis del ámbito de aplicación personal con el supuesto bastante problemático y no por ello desconocido, de que se desconozca el domicilio del demandado. En definitiva, que existan dudas sobre si el verdadero domicilio del demandado se encuentre en el ámbito comunitario y en su caso se pueda aplicar al supuesto internacional el Reglamento 1215/2012 o por el contrario no pueda aplicarse por entender que el domicilio se encuentre en un tercer Estado. Para resolver esos supuestos se han planteado varias teorías⁷¹:

una “labor de investigación” para averiguar previamente que normas de competencia judicial internacional pueden aplicarse al caso en concreto, a mi entender labor que desborda en gran medida sus pretensiones. La solución podría haber sido impuesta por el propio Reglamento si este hubiera especificado otros foros para los supuestos de demandado con domicilio fuera del Territorio 44; como afirma éste sector doctrinal “(...) Tales normas uniformes podrían contener foros basados en criterios como la presencia de los bienes litigiosos en un Estado miembro o el ejercicio de actividades económicas en un Estado miembro. En el caso de que el Reglamento considerase que un ligio en el que el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado no estuviese <<conectado con la UE>>, el mismo Reglamento debería imponer la declaración de incompetencia de los tribunales de los Estados miembros, sin dar ocasión a la aplicación de las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros. Ello eliminaría también, *de facto*, la aplicación de los foros exorbitantes que todavía perviven en ciertos Estados miembros”

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 191-192.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 192-193.

La primera solución es la más compleja, se trataría del supuesto en el que las partes han realizado un contrato de cesión de créditos y sin embargo es imposible averiguar el domicilio del sujeto y en los que además no existan datos o indicios que permitan averiguarlos por otros medios, en estos supuestos la solución sería acudir a lo que la doctrina más importante en este sector denomina “foro de rescate”, serán competentes los tribunales del “último domicilio conocido del demandado” en un Estado del Territorio 44; en ese caso el Reglamento podrá ser aplicable y por lo tanto podrá demandarse al demandado ante los tribunales de ese Estado miembro⁷².

En segundo lugar, puede suceder que se desconozca con exactitud el domicilio del sujeto pero sí existan elementos probatorios o indicios que acrediten que el domicilio del sujeto (en nuestro caso el demandado en un contrato de cesión de créditos) sí está en un Estado miembro del Reglamento 1215/2012; en ese caso se recurre a una “ficción legal” y se entiende que el sujeto está domiciliado en ese concreto Estado miembro y por lo tanto serían aplicables las normas del Reglamento, si por el contrario no se consiguiera probar el domicilio en ese concreto Estado miembro del Reglamento se aplicarían las normas del competencia judicial internacional de producción interna del juez que está conociendo del caso⁷³.

⁷² *Ibidem*, p. 192 dichos autores citan las siguientes sentencias (todas ellas en relación con el Reglamento 44/2001) STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypotecní banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, (as. C-327/10) en concreto los fundamentos de derecho de 42 a 43. Estamos de acuerdo con los argumentos a favor del “foro de rescate” que dan estos autores, puesto que se refuerza la seguridad jurídica de los demandantes con domicilio en Territorio 44 puesto que de antemano conocen qué tribunales son competentes y, en cierta medida también se va a beneficiar al demandado, puesto que el tribunal ante el que se le demanda no va a ser del todo desconocido para él, es decir, el demandado que esconde su domicilio obrando con mala fe puede prever de modo razonable que se le demande ante esos tribunales. Sin embargo, este foro tiene argumentos negativos “El TJUE nunca ha afirmado que dicho demandado deba ser considerado como domiciliado en un Estado miembro a efectos del Reglamento, por lo tanto, el TJUE no ha afirmado expresamente que los foros especiales en razón de la materia recogidos en los artículos 5-21 del Reglamento puedan emplearse o no en litigios contra ese demandado”.

⁷³ *Ibidem*, p. 193 mencionan la STJUE de 15 de marzo de 2012 *Cornelius de Visser*, as. C-292/10 en concreto el fundamento de derecho número 39 el TJUE indica que “... es conforme con el imperativo de seguridad jurídica y con el objetivo de dicho Reglamento consistente en reforzar la protección jurídica de las personas que tienen su domicilio en la Unión, permitiendo al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado...” Para que se pueda aplicar el artículo 4.1 del Reglamento 44 y por lo tanto se apliquen al caso en concreto las normas de competencia judicial internacional del Estado que está conociendo del caso, será necesario que existan indicios o pruebas que lleven a la conclusión de que el sujeto está domiciliado en un fuera del Territorio 44, en caso contrario se tendrán que aplicar las normas del Reglamento.

2.3 Funcionamiento general de los foros del Reglamento

A continuación analizaremos los foros del Reglamento 1215/2012 para concretar en su caso cuál sería el foro más aplicado en la materia que nos ocupa, el contrato de cesión de créditos.

i) Introducción

Los Tribunales de un concreto Estado de la Unión Europea se declararán competentes para conocer de un litigio de cesión de créditos siempre y cuando alguno de los foros del Reglamento 1215/2012 le otorgue competencia judicial internacional. Como el Reglamento recoge varios foros puede suceder que en el caso en concreto puedan conocer del asunto varios tribunales lo cual es solucionado por el instrumento internacional estableciendo un sistema de jerarquización de competencias. Es decir, unos foros tendrán prevalencia sobre otros⁷⁴.

En líneas generales el funcionamiento de los foros es el siguiente: los foros exclusivos del artículo 24 (antiguo 22) tienen preferencia frente al resto de foros, en defecto de los anteriores⁷⁵, si las partes han realizado un pacto de sumisión expresa del artículo 25 (antiguo 23) este foro tendrá preferencia frente al resto, de otro lado en ocasiones puede suceder simplemente que las partes de forma “tácita” acepten la competencia de un tribunal en concreto, en ese caso se aplicarían las reglas del artículo 26 antiguo 24 es decir, las partes no han pactado nada de forma expresa en el contrato pero el demandante interpone demanda ante un tribunal competente y el demandado contesta a la demanda sin impugnar la competencia de dicho tribunal, con esa acción se entiende que se prorroga la competencia de ese tribunal de forma tácita. Compartimos la opinión de un importante sector doctrinal al entender que la sumisión tácita posterior deroga a la expresa anterior⁷⁶. Si no se dan en el caso en concreto ninguno de los foros

⁷⁴ *Ibidem*, p. 194. Como vamos a comprobar a lo largo del estudio de los foros de competencia judicial internacional, puede suceder que en varios tribunales de varios Estados puedan declararse competentes en virtud de la aplicación de un foro. Estos supuestos se solucionarán a través de las reglas de litispendencia y conexidad.

⁷⁵ Es lo que sucede con el contrato objeto de estudio, puesto que como podremos comprobar a lo largo de posteriores páginas el contrato de cesión de créditos no es una materia objeto de foros exclusivos.

⁷⁶ *Ibidem*. Lo anterior será objeto de estudio con mayor exhaustividad en el foro de la sumisión tácita.

anteriores podemos recurrir a los foros especiales en razón de la materia artículos 7 a 23 (antiguos arts. 5-21) y el foro del domicilio de demandado (art. 4). A su vez debemos afirmar que estos dos últimos foros son alternativos, es decir, el demandante puede elegir cualquiera de ellos a la hora de accionar ante el demandado⁷⁷.

ii) Foros exclusivos

En relación a los foros exclusivos recogidos en el artículo 24 del Reglamento 1215/2012 hay que dejar constancia de que reproducen con exactitud el foro contenido en el artículo 22 del Reglamento 44/2001, no obstante lo anterior debemos tener presente que en líneas generales no será aplicable a nuestro objeto de estudio -la cesión de créditos- ya que se entiende que dichos foros sólo podrán regular materias “sensibles” y por ello que tengan una estrecha vinculación con la Soberanía estatal, en definitiva si los tribunales de otros Estados entraran a conocer de dichos asuntos se entenderían vulneradas normas especialmente sensibles dignas de protección; poniendo en peligro en determinadas ocasiones incluso la soberanía nacional. Lo anterior nos lleva a concluir la lógica exclusión de la materia dentro de los foros exclusivos por entender que los contratos de cesión de créditos no “suelen” perjudicar la Soberanía Nacional y sí los intereses privados de las partes en presencia⁷⁸.

⁷⁷ *Ibidem*. De igual forma Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 58. La cual representa la jerarquía de los foros como si fuera una pirámide: “Si dibujáramos una pirámide y dispusiéramos los foros en ella, en la cúspide se encontrarían los foros exclusivos, los cuales no requieren ninguna condición personal para su aplicabilidad” Lo anterior es lógico, están en la cúspide puesto que si en el caso en concreto nos encontráramos ante ellos los tribunales se declararían competentes por esta vía y no podrían analizar el siguiente foro de competencia. “En el centro se encontraría el foro de la sumisión, el cual sí exige que se cumplan determinadas condiciones personales. Así si se trata de la sumisión expresa, el Reglamento requiere que una de las partes se encuentre domiciliada en el territorio 44 (art. 23)”. Aunque será objeto de estudio en posteriores páginas podemos adelantar que para que las partes puedan realizar un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales del Territorio 44 se exige que al menos una de las partes esté domiciliada en el territorio 44, es decir, que exista un cierto vínculo entre las partes y el tribunal que eligen. El requisito anterior no es necesario en el supuesto de sumisión tácita: “En cambio, si las partes se someten tácitamente a los tribunales de un Estado miembro, no es necesario que alguna de ellas tenga su domicilio en este territorio (art. 24). Por último si nos situamos en la base de la pirámide, los foros que se encuentran en ella son alternativos, no existe jerarquía entre el foro del domicilio del demandado y el foro especial en razón de la materia. En estos casos, tanto para aplicar el artículo 2 como para hacer lo propio con el artículo 5, es necesario que el foro del domicilio del demandado se encuentre en la Unión Europea”.

⁷⁸ De forma coincidente con nuestro planteamiento: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. I, op. cit., p. 197, donde se indica expresamente que: “Estas materias son objeto de foros de competencia exclusiva por la estrecha vinculación de tales materias con la Soberanía del Estado o, como dice el TJCE, con el <<territorio de los Estados miembros>> (STJCE 26 de marzo 1992, *Dresdner II*). Prevalece el <<interés estatal>> sobre el <<interés privado>>”. Vid. as C-261/90

No obstante lo anterior debemos recordar que en el supuesto de darse éstos foros tendrán preferencia sobre los demás y que en todo caso son foros de “competencia judicial internacional *stricto sensu*”, por ende sólo otorgan competencia a los tribunales de un Estado (tribunales españoles, alemanes, italianos...) y serán las normas de producción interna de ese concreto Estado las que determinen la competencia territorial⁷⁹. En todo caso, en relación con las competencias exclusivas y en relación con un contrato de cesión de créditos sí podría tener cabida la aplicación del artículo 24.4 del Reglamento 1215/2012 donde se indica que en materia de ejecución de resoluciones judiciales serán competentes los órganos judiciales correspondientes al lugar de ejecución de la sentencia. Lo anterior es lógico pues de ese modo se garantiza la inmediatez de las medidas. Así pues, los tribunales del lugar de ejecución de la sentencia referente a un contrato de cesión de créditos serán competentes para ejecutarla con independencia de que no fueran los tribunales que dictaron la misma. Esto se debe a la necesidad de garantizar la agilidad de las transacciones judiciales y por lo tanto sólo ellos son exclusivamente competentes sin la consideración del domicilio de las partes. Sin embargo, los mayores problemas en estos casos se pueden plantear en los supuestos en los que varios tribunales de varios países se puedan declarar competentes ya que en la mayoría de ocasiones el lugar de ejecución coincidirá con el lugar donde se encuentren los bienes. Lo más lógico según nuestro parecer sería que conociera del asunto aquel tribunal en el que se garantice en mayor medida la ejecución de la sentencia, así pues tendría preferencia para conocer el tribunal del lugar en el que existieran más bienes o en su caso el tribunal del lugar que presentara más vínculos con el supuesto⁸⁰.

⁷⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., pp. 196-197, se entiende por éstos autores que “las materias de este artículo son un <<numerus clausus>> y por lo tanto deben ser interpretadas de forma restrictiva puesto que suponen una excepción al sistema general de competencia del Reglamento”. El Reglamento 1215/2012 regula los foros exclusivos en el artículo 24, podemos afirmar que se corresponde con la regulación anterior, Vid. p. 10 DOUE L351 de 20 de diciembre de 2012. Debemos tener en cuenta que el Reglamento 1215/2012 no ha introducido grandes novedades en relación con los foros exclusivos, simplemente ha pasado ha integrarlos dentro del artículo 24.

⁸⁰ A título ejemplificativo y sin entrar en grandes profundidades sobre la materia por estar fuera de nuestro objeto de estudio los foros contenidos en el artículo 24 del Reglamento 1215/2012 (anterior art. 22) son los siguientes: En primer lugar, el foro regula los supuestos de derechos reales inmobiliarios y contratos de arrendamientos de bienes inmuebles serán competentes los tribunales del Estado miembro donde estuviera situado el inmueble. Con la excepción del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para uso particular serán competentes los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado siempre y cuando el arrendatario fuera persona física y que propietario y arrendatario estuvieran domiciliados en el mismo Estado miembro. El segundo foro del artículo 22 recoge los supuestos de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos serán competentes los Tribunales del Estado miembro donde la

iii) Foro de la sumisión expresa

El foro de la sumisión expresa recogido en el artículo 25 del Reglamento 1215/2012 es el foro más utilizado en la práctica internacional⁸¹, podemos adelantar que el Reglamento introduce una importante novedad en relación con el foro contenido en el artículo 23 del Reglamento 44/2001. Normalmente las partes cuando realizan un contrato internacional son cautelosas y suelen prever los tribunales competentes en caso de disputa, la designación del tribunal no sólo reduce los litigios sino que también reduce los costes puesto que las partes ya sabrán de antemano que tribunales conocerán del asunto en el supuesto en el que del contrato de cesión de créditos surgiera algún problema. De esa forma los sujetos contratantes intentarán a la hora de celebrar el contrato (o incluso en un momento posterior) que el tribunal que elijan -en la medida de lo posible- sea cuanto menos un “tribunal neutro”, se dice que con este foro se evitan los problemas de *forum shopping* fraudulento. De esta forma se garantiza que el tribunal que conozca del caso se cuanto menos un “tribunal neutral⁸²”. Ya no es obligatorio que al menos una de las partes esté domiciliada en el territorio 44 en el momento de la conclusión del acuerdo de sumisión y que el tribunal elegido pertenezca a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. En este momento observamos una importante mejora del Reglamento 1215/2012 en relación con el Reglamento 44/2001, las partes de un contrato de cesión de créditos podrán realizar el acuerdo de sumisión expresa con independencia del domicilio de las mismas. En definitiva se adopta una postura lógica, el Reglamento 1215/2012 se aplicará cuando se cumplan todos los ámbitos de aplicación con independencia del domicilio de los sujetos intervinientes.

persona jurídica estuviera domiciliada; el domicilio se determinará de conformidad con la reglas de Derecho interno del Tribunal que esté conociendo del caso. El tercer foro es el referente a la validez de las inscripciones practicadas en registros públicos, serán competentes los tribunales del Estado miembro en donde esté situado el registro. En cuarto lugar, se establece que en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y demás derechos análogos a los sometidos a depósitos o registro, serán competentes los tribunales del Estado miembro en donde se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro...

⁸¹ El foro de la sumisión expresa en el Reglamento 1215/2012 se regulará en el artículo 25, como principal novedad en relación con el Reglamento 44/2001 es que ya no será necesario (por lo menos el texto no lo recoge de forma expresa) el domicilio de una de las partes en el territorio 44. Vid. DOUE L351 de 20 de diciembre de 2012, p. 11: “Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de cualquier litigio que haya surgido...” El artículo 23 del Reglamento 44/2001 indicaba que: “Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubiera acordado...”

⁸² Si las partes previeran de antemano los tribunales competentes en caso de litigio se evitarían muchos problemas y la resoluciones en la mayoría de los casos no se dictarían al amparo del temido “nacionalismo judicial”

“Esta prevalencia de los pactos de sumisión expresa a los tribunales es aún mayor en el ámbito de la Unión Europea, en que los operadores tienen mayor confianza en los tribunales de otros Estados miembros, principalmente debido a que dichos operadores son conscientes de que los tribunales europeos han de cumplir con un estándar mínimo de independencia e imparcialidad. A ello se suma el fuerte aliciente a la elección del foro que supone el Reglamento 44/2001(...)”⁸³

Sobre la base anterior, podemos afirmar que en caso de controversia surgida entre las partes en un supuesto de cesión de créditos en el que exista un pacto de sumisión expresa a favor de un tribunal en concreto deberán cumplirse los siguientes requisitos⁸⁴:

a) Requisitos

En primer lugar, para que el artículo 25 del Reglamento 1215/2012 sea aplicable debe existir “acuerdo de sumisión o convención atributiva de jurisdicción” así se establece en la STJCE de 10 de marzo de 1992 *Duffryn*⁸⁵; lo importante es que exista un acuerdo entre las partes⁸⁶.

En segundo lugar, el pacto de sumisión expresa debe hacer competentes a los tribunales de un Estado miembro del Reglamento. En la práctica se plantean problemas en los supuestos en los que una vez otorgada la competencia judicial internacional a favor de los tribunales de un concreto Estado, el Derecho interno de ese concreto Estado (derecho procesal) es incapaz de individualizar el concreto tribunal territorialmente competente. En ese caso, el pacto de sumisión expresa sigue siendo válido pero “habrá que buscar el concreto tribunal competente, como por ejemplo, la elección del tribunal

⁸³ CEBRIÁN SALVAT, María Asunción, “Competencia judicial internacional...”, op. cit., p. 126, en concreto Vid. nota al pie número 2 donde se establece como mecanismo de sanción para los países incumplidores la retirada del voto en el Consejo Europeo. El último país objeto de sanción fue Rumania en julio de 2012.

Vid. (http://www.elmundo.es/elmundo/2012/07/18/union_europea/1342626871.html)

⁸⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., pp. 208-211, con la misma maestría Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Tribunales estatales competentes y contratación internacional” en *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 11-19.

⁸⁵ (As. C-214/89).

⁸⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 208.

concreto por parte del actor⁸⁷”. Siempre debemos tener presente que el pacto de sumisión expresa produce un “efecto de prórroga de la competencia” es decir, hace competentes a los tribunales de un Estado miembro que de cualquier otra forma no lo serían⁸⁸. En definitiva es un foro de competencia judicial internacional y de competencia judicial interna ya que las partes pueden realizar un pacto de sumisión a un Estado miembro de forma global o general y de otro lado también podrán realizar un pacto de sumisión a favor de un concreto órgano jurisdiccional de un Estado miembro⁸⁹.

El tercer requisito exigido para el pacto de sumisión expresa sea válido es aquel que viene determinado por la “internacionalidad del litigio”. Es decir, para que el Reglamento 1215/2012 sea aplicable a un supuesto éste debe tener carácter internacional, con independencia de la naturaleza del supuesto que internacionalice la situación. La afirmación anterior no está exenta de problemas. Un sector doctrinal entiende que la simple “nacionalidad de las partes” no internacionaliza el litigio⁹⁰; sin embargo, lo lógico es entender que ésta solución no es posible puesto que “ello significaría confundir los criterios en los que se basan los foros de competencia del Reglamento 44/2001 – que no tienen en cuenta, en absoluto, la nacionalidad de las partes-, con el *carácter internacional* del litigio, que puede derivar de cualquier circunstancia del litigio, pues el Reglamento 44/2001 no establece límites expresos al respecto⁹¹”. Luego podemos entender que si el Reglamento hubiera querido que este sólo fuera aplicable a los nacionales de los Estados miembros así se hubiera recogido en el mismo texto internacional⁹². Lo anterior queda aún más claro con el Reglamento 1215/2012 al no exigir tan siquiera el domicilio de las partes en el territorio comunitario.

⁸⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., p. 12; *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 209.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 210. De igual forma Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”

⁸⁹ RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 61.

⁹⁰ GAUDEMENT-TALLON H.; DROZ G.A.L., “Compétence judiciaire et effets...”, op. cit., pp. 601-652 entre otros.

⁹¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., pp. 12-13.

⁹² Debemos rechazar con rotundidad dicha afirmación pues compartimos las afirmaciones de los autores mencionados en la nota anterior, la teoría anterior favorece el “nacionalismo judicial” en definitiva la Ley de la nacionalidad de las partes y por lo tanto los tribunales del país de la nacionalidad “persiguen” al sujeto allí donde va, y eso con la internacionalidad de las operaciones mercantiles es un práctica impensable. Siempre debe tener preferencia la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, se deberá respetar su libertad de elección.

Mayores problemas plantea el caso en concreto cuando el único elemento que internacionaliza el supuesto es la elección de un “tribunal extranjero”, es decir, cuando nos encontramos con un contrato de cesión de créditos “puramente interno” y las partes realizan un pacto de sumisión expresa a favor de tribunales situados fuera del Territorio 44. Nos encontramos por lo tanto con un contrato de cesión de créditos puramente interno que se internacionaliza con la elección de un tribunal extranjero, concretamente un tribunal de un país no comunitario. Para solucionar los supuestos anteriores existen dos teorías⁹³: En primer lugar nos encontramos con la “teoría subjetivista”, a pesar de pueda admitirse como válido su planteamiento teórico al entender que una situación es internacional con la existencia de un solo hecho que internacionalice la situación, con independencia de las características del supuesto, es decir, en nuestro caso la elección de un tribunal extranjero⁹⁴; en la práctica lo anterior puede conllevar ciertos problemas, pues en el supuesto en concreto las partes están convirtiendo un contrato de cesión de créditos totalmente interno en internacional. Lo lógico es entender aplicable la “teoría objetivista”, es la teoría seguida por la mayoría de la doctrina, compartimos su planteamiento pues supera los errores de la teoría subjetivista al entender que las partes no pueden convertir una situación interna en internacional por el simple hecho de que realicen un pacto de sumisión expresa a favor de tribunales de otro Estado, lo anterior fomentaría el fraude de Ley, así se desprende de la lectura del Informe POCAR⁹⁵. Por lo

⁹³ De nuevo nos encontramos con otra carencia del Reglamento 1215/2012 pues es un problema que no había sido resuelto por el Reglamento 44/2001 y que también ha quedado sin resolver en el nuevo Reglamento.

⁹⁴ Compartimos la opinión de los profesores CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, los cuales entienden que esta tesis “sintoniza con una economía globalizada en la que litigar en un país extranjero puede ser más conveniente que litigar en el propio país aunque el litigio no contenga “elementos extranjeros objetivos”. Lo lógico sería favorecer la autonomía de la voluntad de las partes y en todo caso no debería existir ningún problema a la hora de que fueran competentes los tribunales de un Estado con independencia de que en el supuesto en concreto no existieran más vínculos objetivos con ese tribunal. También podríamos entender que lo no expresamente prohibido por el Reglamento está permitido, pero nada más lejos de la realidad. Finalmente podemos concluir que es una tesis poco sólida puesto que la razón de ser del Reglamento y su estructura de foros jerárquicos es que el Tribunal que conozca del caso siempre deberá ser el más vinculado con el litigio.

⁹⁵ Informe POCAR, Fausto., relativo al Convenio de Lugano II, DOUE (C-319/7) de 23 de diciembre de 2009, en concreto en los Considerando 2 y 11 viene a indicar que la aplicación al caso en concreto de la tesis subjetivista (la simple elección de un tribunal internacionalizaría el supuesto) vendría a favorecer el fraude de Ley, se aplicaría el derecho internacional a supuestos meramente internacionales y por último debemos tener presente que “El Reglamento 44/2001 no otorga ninguna relevancia jurídica a este elección de tribunal competente, a diferencia del Reglamento Roma I de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (será objeto de estudio en posteriores páginas de este capítulo), texto éste que sí lo hace. Por ello, debe suponerse que el legislador de la UE, pudiendo haber atribuido efectos legales a esta elección, no quiso hacerlo”. Luego no lo prohibido no siempre esta prohibido, si el Reglamento hubiera querido que un supuesto de derecho interno se convirtiera en derecho internacional con el simple hecho de que las partes eligieran como competentes a un tribunal situado fuera de su territorio sin que en el caso concreto existieran otros elementos que internacionalizaran el litigio así se

ende, cuando tuviéramos un contrato de cesión de créditos meramente interno y las partes hubieran realizado un pacto de sumisión expresa en favor de tribunales comunitarios o extracomunitarios, el litigio debería ser resuelto mediante la aplicación de las normas de competencia judicial internas.

El quinto requisito que exige el Reglamento es que el asunto debe pertenecer a la jurisdicción contenciosa y no a la voluntaria⁹⁶.

b) Opciones de las partes

Una vez analizados los requisitos que el Reglamento exige para que el acuerdo de sumisión expresa sea válido, debemos analizar las diferentes posibilidades que tienen las partes⁹⁷:

En primer lugar podemos afirmar que en el caso en concreto las partes pueden establecer un pacto de sumisión sobre litigios que ya han surgido en el tiempo, es decir litigios pasados e incluso podrá darse un pacto de sumisión a favor de litigios futuros, en este caso, siempre tendrán que provenir de la existencia de una determinada relación jurídica, en nuestro caso el litigio derivará de un contrato de cesión de créditos⁹⁸.

En segundo lugar, tanto el acreedor y el deudor de un contrato de cesión de créditos y en su caso el resto de intervinientes, tendrán como opción la posibilidad de atribuir la competencia de un órgano concreto (por ejemplo: tribunales de Roma) o atribuir competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado miembro en su conjunto (por ejemplo: tribunales italianos), en este último caso existen varias teorías,

hubiera recogido de forma expresa en dicho texto internacional. Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier.; *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 209.

⁹⁶ *Ibidem*, pues como dicen los profesores CALVO Y CARRASCOSA, “en los actos de jurisdicción voluntaria no existe demanda ni se ejercita propiamente una acción, ni el tribunal ejerce función jurisdiccional... No ha partes que puedan someterse al tribunal”.

⁹⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., pp. 13-14; *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., pp. 211-213.

⁹⁸ *Ibidem*, lo lógico es que las partes cuando celebren un contrato prevean los tribunales competentes en caso de disputa o litigio. Vid. entre otras STJCE de 11 de noviembre de 1986 *Iveco Fiat*, as. C-313/85, de igual forma la anteriormente mencionada STJCE de 10 de marzo de 1992, *Duffryn* (as. C-214/89). De igual forma RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., pp. 61-62: “No es válido el acuerdo si no se concretan las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica de las partes; no se puede realizar un acuerdo de sumisión global, sin circunscribirlo a una determinada relación jurídica.

unos autores entendían que para individualizar el concreto órgano territorialmente competente los tribunales de ese Estado tendrían que aplicar su derecho interno, es decir sus reglas de derecho procesal; pero nada más lejos de la realidad, puesto que el Reglamento permite que las partes elijan directamente un tribunal competente, lo único imprescindible en estos supuestos es que se cumplan los requisitos del artículo 25 del con independencia de que no se cumplan los requisitos de derecho interno de ese concreto Estado, se dice por lo tanto que nos encontramos ante un foro de competencia judicial internacional y de competencia judicial interna⁹⁹.

En tercer lugar, las partes del contrato de cesión de créditos pueden designar como competentes al tribunal o tribunales que quieran sin necesidad de existencia de “vínculos objetivos” entre el supuesto y el tribunal¹⁰⁰.

En cuarto lugar, las partes pueden designar el tribunal competente directamente o realizar una “designación indirecta del tribunal”, es decir, en el contrato de cesión de créditos las partes pueden dar al juez todos los “elementos objetivos necesarios acordados” que permitan averiguar el tribunal al que han decidido someterse¹⁰¹.

Otra posibilidad admitida por el Reglamento es una sumisión a favor de varios tribunales, en el caso de que en el contrato de cesión de créditos existiera una sumisión múltiple se entiende que podrán conocer del mismo asunto diferentes tribunales pero cada uno deberá conocer de una controversia distinta con independencia de que tengan origen en la misma relación jurídica¹⁰².

También será posible una “sumisión opcional”, las partes en el contrato de cesión de créditos pueden indicar que en el caso de darse un determinado supuesto, por ejemplo otra cesión del contrato, sean competentes los tribunales del domicilio del nuevo

⁹⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., p. 14; *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 212; de igual forma SALERNO, F., “Coordinamento e primato tra giurisdizioni...” op. cit. pp. 5-25.

¹⁰⁰ *Ibidem*, Vid. STJCE de 17 de enero de 1980 *Zelger*, as. C-56/79

¹⁰¹ En todo caso, la designación del tribunal debe ser clara, es decir, no valen simplemente indicios, sino que el tribunal debe averiguar quien es competente por datos objetivos, en nuestro caso, podría darse un pacto de sumisión a favor de los tribunales del domicilio del cedente. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en STJCE de 9 de noviembre de 2000 *Coreck*, as. C-387/98.

¹⁰² *Ibidem*, ejemplo de lo anterior STJCE de 9 de noviembre de 1978 *Meeth*, (as. C- 23/78)

cesionario y por el contrario, pueden pactar que siempre sean competentes los tribunales del domicilio del cedente¹⁰³

La séptima opción que podemos mencionar es la posibilidad de una “sumisión a favor de una sola parte”, es decir, una parte sólo podrá demandar a la otra ante un concreto Estado, sin embargo, la otra parte podrá demandar ante dicho tribunal o ante cualquier otro tribunal que sea competente según los foros del citado instrumento internacional. En nuestro caso, las partes podrían pactar que el cesionario sólo pudiera demandar ante el domicilio del cedente y sin embargo el deudor pudiera elegir demandar no sólo ante el domicilio del cedente sino demandar ante otros tribunales como pudiera ser el domicilio del cesionario¹⁰⁴.

En octavo y último lugar debemos tener presente que salvo pacto en contrario, el acuerdo de sumisión expresa a favor de los tribunales de un concreto Estado puede ser invocado ante el Tribunal por cualquiera de las partes, en ese caso se excluye la competencia de otros tribunales que de cualquier otra forma serían competentes¹⁰⁵.

c) Condiciones formales y sustanciales

Los requisitos de validez formal se regulan en el artículo 25.1 apartados a) b) y c) del Reglamento 1215/2012. Estos requisitos son “*ad solemnitatem*” deben darse de forma expresa para que la sumisión sea válida, en defecto de ellos el pacto de sumisión será nulo de pleno derecho. Lo anterior implica que estos deben ser los únicos requisitos

¹⁰³ *Ibidem*

¹⁰⁴ *Ibidem*, compartimos la opinión de estos autores al entender que aunque es una posibilidad permitida por el Reglamento pero no es lo más beneficioso de cara a la igualdad contractual, pues en estos casos “se beneficia a la parte más fuerte en la negociación del contrato y no comporta ninguna ventaja significativa sobre el comercio internacional...” De igual modo Informe POCAR. En contra de lo anterior Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana, “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., pp. 62-63. La citada autora entiende que es una opción que ya no está permitida por el Reglamento 44/2001: “El Reglamento 44/2001 ha eliminado la posibilidad de pactar una sumisión a favor de una de las partes”. El Convenio de Bruselas de 1968 establecía la posibilidad de realizar un pacto de sumisión expresa a favor de una de las partes (artículo 17.3 del Convenio de Bruselas); en estos casos se entendía que la parte que había realizado el pacto de sumisión expresa podría demandar a la otra parte ante los tribunales elegidos en el pacto y ante cualquier otro tribunal de cualquier otro Estado miembro; sin embargo la parte “no beneficiada” por el pacto de sumisión expresa sólo podría demandar ante los concretos tribunales fijados en el pacto de sumisión.

¹⁰⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 213.

necesarios para que el pacto de sumisión sea válido, es decir, no se podrán exigir requisitos adicionales por el Derecho procesal del correspondiente Estado¹⁰⁶.

Como primera opción recogida en el artículo 25 a) del Reglamento 1215/2012 (art. 23 a) del R44/2001); las partes dentro del contrato de cesión de créditos podrán realizar un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales de un concreto Estado, siendo necesario que se celebre “por escrito”; en este caso el Reglamento da una noción de lo que debe entenderse por “acuerdo por escrito”. Es necesario realizar varias especificaciones¹⁰⁷:

El pacto de sumisión sólo será válido si cualquier parte que actúe con una “diligencia normal” hubiera podido conocerlo. En definitiva, se exige que las dos partes hubieran tenido conocimiento del pacto de sumisión y que así se desprenda del contrato bien sea a través de la firma o por cualquier otra vía que deje constancia del consentimiento; luego en el caso de pactos de sumisión contenidos en contratos sometidos a condiciones generales de la contratación sólo serán válidos cuando el propio contrato se remita expresamente a las condiciones generales de la contratación. Para que los pactos de sumisión recogidos en la parte posterior de un contrato sean válidos deberán haber sido firmados por las dos partes¹⁰⁸. En definitiva, será válida la sumisión expresa a favor de unos tribunales concretos realizada por medios electrónicos (*e-mail*, *web page*) siempre y cuando quedara “registro duradero” del mismo¹⁰⁹.

Como segunda opción posible dentro del artículo art. 25 a) del Reglamento establece que el pacto de sumisión expresa podrá celebrarse de forma verbal pero siempre será necesario contar con la confirmación escrita. En estos casos se entiende que una de las partes implicadas “ofrece verbalmente” a la otra parte un pacto de sumisión expresa y la otra parte acepta “la oferta” por escrito. Se entiende que en estos

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 214, de igual forma los mismos autores en “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., p. 15.

¹⁰⁸ *Ibidem*

¹⁰⁹ BERAUDO, J.P., “Le Règlement CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *JDI Clunet*, 2001, pp. 1033-1084. Dicho autor establece como posibilidades de registro duradero: El disco duro de un ordenador, un diskette (en la actualidad tendría cabida una memoria de USB), en definitiva todo aquello que permitiera imprimirse y por lo tanto “dejar un registro duradero”.

casos el pacto de sumisión será válido con que sólo se cuente con el consentimiento por escrito de una de las dos partes¹¹⁰.

Otra de las opciones posibles acorde con los tiempos actuales, es la indicada en el artículo 25 b) acuerdo de sumisión celebrado mediante los hábitos que las partes hubieran establecido previamente en el contrato de cesión de créditos. Normalmente las empresas de *factoring* y los sujetos que intervienen con asiduidad realizando contratos de cesión de créditos tienen relaciones prolongadas en el tiempo y ya están acostumbradas a ciertas prácticas previsibles para ellas. Es una posibilidad ya admitida por el artículo 9.1 de la Convención de la Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías hecha en Viena el 11 de abril de 1980¹¹¹. Con la admisión de dicha posibilidad se favorece la agilidad en los intercambios comerciales y se favorece la seguridad jurídica¹¹².

La última posibilidad y no por ello menos importante establecida por el artículo 25 en el apartado c) es aquella que permite realizar el pacto de sumisión según “la práctica del comercio internacional”, el citado artículo establece que “el pacto de sumisión celebrado en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieran conocer y que en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”. De nuevo es la solución se amolda al artículo 9.2 de la CVIM, de igual modo siempre deben respetarse unos requisitos: “El uso del comercio internacional debe probarse” para garantizar así la seguridad jurídica de las operaciones internacionales¹¹³. En todo caso siempre será necesario que nos encontremos ante un

¹¹⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 215; “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., p. 15. De nuevo este sector doctrinal realizan las anteriores conclusiones derivado del análisis de la jurisprudencia comunitaria. Como ejemplo de lo anterior Vid. STJCE de 14 de diciembre de 1976 *Segoura*, as. C-25/76; STJCE de 11 de julio de 1985, *Berghoefer* as. C-221/84

¹¹¹ En adelante CVIM. Como indica la misma Convención su finalidad era dotar de un régimen uniforme, moderno y equitativo a los contratos de compraventa internacional de mercaderías garantizándose la seguridad jurídica en los intercambios comerciales y reduciéndose los gastos en las transacciones internacionales.

¹¹² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 215; “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., p. 16; de igual modo Vid DROZ G.A.L, “Compétence judiciaire et effets...”, op. cit., pp. 56 y ss.

¹¹³ *Ibidem*, como establecen dichos autores, no existe unanimidad a la hora de entender quien debe probar la práctica o la costumbre comercial, en la STJCE de 20 de febrero de 1997 *MSG*, as. C-106/95 el TJCE entiende que será “la parte interesada la que deba probar dichos usos del comercio y el Tribunal simplemente tendrá que verificarlo”.

supuesto de “operaciones habituales” del sector del que se trate y que el uso sea “ampliamente conocido y regularmente observado por las partes y por la comunidad de comerciantes del correspondiente sector”¹¹⁴.

Debemos finalizar el apartado de los requisitos con las “condiciones sustanciales” exigidas por el artículo 25 para que el pacto de sumisión expresa sea válido¹¹⁵: En todo caso siempre deberá existir un acuerdo previo de sumisión a unos concretos tribunales, el acuerdo de sumisión nunca deberá recaer sobre materias objeto de foros exclusivos del artículo 24 del citado texto internacional, en ese caso el acuerdo de sumisión sería nulo de pleno derecho, el pacto de sumisión debería realizarse a favor de “litigios concretos” es decir, litigios que hubieran surgido o que pudieran surgir como consecuencia de una determinada relación jurídica¹¹⁶.

De nuevo nos encontramos en este apartado con una laguna del Reglamento 44/2001 que tampoco ha sido resuelta por el Reglamento 1215/2012, pues no establece nada acerca de los posibles requisitos necesarios de cara a la capacidad y consentimiento de las partes. En relación al consentimiento se han propuesto varias teorías: Algunos autores entienden que lo más apropiado sería aplicar la Ley material del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Materialis Fori*)¹¹⁷; otros por el contrario entienden que lo más correcto sería aplicar las normas de Derecho Internacional Privado del tribunal que está conociendo del caso (*Lex Formalis Fori*)¹¹⁸; por el contrario la práctica de nuestros tribunales entiende que lo más adecuado es decidir caso por caso si el consentimiento de las partes ha sido válido y por lo tanto ha sido otorgado libremente¹¹⁹; otros autores por el contrario entienden que se deberán aplicar al consentimiento la Ley del país designado en el pacto de sumisión; y en último lugar la jurisprudencia del TJCE entiende que el consentimiento ha sido otorgado

¹¹⁴ *Ibidem*

¹¹⁵ *Ibidem*

¹¹⁶ *Ibidem*, compartimos la opinión de los citados autores al entender que las cláusulas pactadas sobre la base de diferentes relaciones jurídicas pasadas, presentes o futuras son nulas (cláusulas escobas). Luego lo verdaderamente importante será que el pacto de sumisión se realice con ocasión de un litigio concreto o de una relación jurídica concreta.

¹¹⁷ GOTHOT Pierre, HOLLEAUX Dominique; *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE)*, París, Jupiter, 1985, pp. 121 y ss.

¹¹⁸ BERAUDO, J.P., “Le Règlement CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire...”, pp. 1033-1084.

¹¹⁹ Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 diciembre de 2008 (JUR 2009/175757) en relación a un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales alemanes en un contrato de agencia y distribución.

libremente y por ello, el pacto será válido cuando se hubieran respetado los requisitos formales exigidos por el artículo¹²⁰.

La doctrina más cualificada entiende que las dos últimas tesis resultan preferibles. Opinión que nosotros compartimos puesto que ambas tesis evitan fraudes y proporcionan seguridad jurídica al régimen jurídico de la sumisión expresa. La “última de ellas es la preferida por el TJUE y es la que encaja mejor con la estructura interpretativa del Reglamento 44/2001 y por ende del Reglamento 1215/2012, que descansa en la idea de evitar en la medida de lo posible, el recurso a las Leyes estatales para definir sus términos y modos de aplicación...”¹²¹. Con respecto a la capacidad, si el litigio se planteara ante los tribunales españoles se entiende que lo más lógico es aplicar nuestras normas de Derecho Internacional Privado, en concreto el artículo 9.1 del C.c. donde se establece que será aplicable la Ley nacional de cada parte¹²². El propio Reglamento 1214/2012 indica que la Ley de los tribunales designados por las partes será la que establezca si el consentimiento es válido o no¹²³.

d) Efectos

Todo pacto de sumisión expresa que sea válido produce los siguientes efectos¹²⁴:

En primer lugar el “efecto de prórroga de la competencia”, es decir, las partes del contrato de cesión de créditos hacen competentes a los tribunales de un Estado que de cualquier otra forma no serían competentes¹²⁵.

En segundo lugar, el acuerdo de sumisión expresa produce un “efecto de derogación” de la competencia pues con este acuerdo las partes del contrato de cesión de créditos impiden que conozcan del asunto cualquier otro tribunal que sí hubiera sido

¹²⁰ STJCE de 9 de noviembre de 2000 *Coreck*, as. C-387/98

¹²¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 217.

¹²² *Ibidem*

¹²³ RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 64.

¹²⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., pp. 217-218; “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., pp. 16-17.

¹²⁵ *Ibidem*, lo anterior no impide que otros tribunales puedan ser competentes para adoptar las correspondientes medidas cautelares, así se desprende de la lectura del artículo 31 del mismo texto internacional.

competente para conocer del contrato de cesión sobre la base de otros foros del Reglamento¹²⁶. El pacto de sumisión siempre deberá ser alegado por las partes, el tribunal nunca se declarará incompetente de oficio por la existencia de un pacto de sumisión; la parte interesada tendrá que hacer valer dicho pacto mediante la oportuna “declinatoria judicial”¹²⁷. De nuevo en este ámbito hay que mencionar una novedad importante en relación con el régimen anterior; como el Reglamento 1215/2012 no exige el domicilio de una de las partes en el territorio comunitario¹²⁸, ya no será necesario “realizar un tratamiento diferenciado para los casos en los que ninguna de las partes que han celebrado el acuerdo esté domiciliada en un Estado miembro”¹²⁹. En este caso tanto la eficacia atributiva de competencia como la derogativa que lleva implícita la elección de un tribunal de forma expresa con independencia del domicilio de las partes¹³⁰.

En tercer lugar, debemos dejar constancia de la obligatoriedad que el pacto de sumisión expresa tiene para las partes, con la excepción del supuesto en el que las partes pacten en el contrato de cesión de créditos realicen una sumisión a favor de unos determinados tribunales y posteriormente esas mismas partes realicen una sumisión tácita a favor de otros tribunales, en estos casos se entiende que la sumisión tácita posterior derogue a la expresa anterior¹³¹.

En cuarto lugar hay que mencionar que la cláusula sólo afectará al contrato principal, en nuestro caso el contrato de cesión de créditos y nunca afectará a los contratos accesorios o secundarios -como pudieran ser los contratos en los que una

¹²⁶ *Ibidem*, aunque será objeto de estudio en el foro de la sumisión tácita podemos adelantar que en las prácticas comerciales las partes pueden cambiar de opinión de cara a los tribunales competentes para conocer del litigio, luego en ocasiones podrán someterse a los tribunales de un nuevo Estado y por lo tanto de su conducta se desprende la derogación de lo pactado expresamente en el contrato.

¹²⁷ *Ibidem*

¹²⁸ Lo cual supone la derogación del artículo 23. del R44/2001.

¹²⁹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit., pp. 10-11.

¹³⁰ *Ibidem*, estamos totalmente de acuerdo con la opinión de este autor al entender que “el nuevo artículo 25.1 incorpora una regla de conflicto uniforme, según la cual la validez material de los acuerdos de prórroga de la competencia se rige por la ley del Estado miembro designado. Como novedad adicional en el texto del Reglamento, el apartado 5 del artículo 25 del Reglamento 1215/2012 proclama la independencia de los acuerdos atributivos de competencia que formen parte de un contrato del resto de las cláusulas del contrato. En consecuencia, la validez del acuerdo atributivo de competencia no puede ser impugnado con base únicamente en que el contrato no es válido. Estas disposiciones incorporar soluciones contenidas en el Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro”.

¹³¹ *Ibidem*

empresa especializada en el sector, empresa de *factoring* tiene asignada otras funciones como pudiera ser el seguimiento de cobro y demás¹³² -

En quinto lugar hay que tener en cuenta que el acuerdo de sumisión expresa sólo tendrá efectos entre las partes firmantes acreedor y deudor, así pues nunca afectará a terceros intervinientes (cesionario) salvo que se pactara lo contrario en el contrato. En cuanto a nuestro tema de estudio (cesión de créditos) tras el análisis de la jurisprudencia podemos extraer las siguientes conclusiones¹³³:

El pacto de sumisión sólo debe afectar a las partes firmantes del mismo y no a los terceros ajenos a ese pacto, sin embargo, en las transacciones internacionales se observa una gran “movilidad de los contratos”, en definitiva, aunque el contrato siempre sea el mismo los sujetos que intervienen varían con gran facilidad, terceros ajenos a la relación jurídica pasan a formar parte de la misma, nos encontramos ante los supuestos de cesión. Luego llegados a este punto se nos plantea el siguiente interrogante ¿la cláusula de sumisión expresa afectará a los terceros que entren a formar parte de la relación jurídica pero que sin embargo no han ratificado la misma? Para resolver la cuestión anterior debemos tener presente la propia naturaleza jurídica del pacto de sumisión: por un lado “es un acuerdo procesal que produce efectos procesales - competenciales, aspecto que se regirá por la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Pero por otra parte, la sumisión es un contrato en sí mismo regido por su propia Ley, que determina su validez”¹³⁴. De otro lado hay que tener en cuenta que las cláusulas de sumisión son cláusulas totalmente independientes del contrato del que trae causa; es lo que se conoce como “autonomía sustancial de la cláusula de sumisión” pero también serán “accesorias del contrato” puesto que sin el no tendrían sentido la “accesoriedad procesal de la cláusula de sumisión”. En conclusión, éstas cláusulas podrán ser válidas con independencia del contrato del que traen causa, pero la transmisión del contrato implica que también se transmita la cláusula, por lo tanto la cláusula de sumisión

¹³² *Ibidem*

¹³³ *Ibidem*, en relación a la subrogación Vid. STJCE de 14 de julio de 1983 *Gerling*, as. C- 201/82; STJCE 19 de junio de 1984 *Russ*, as. C-71/83; STJCE 16 de marzo de 1999 *Castelletti*, as. C-159/97; SAP Granada de 23 de febrero de 2007 (JUR 2007/74609) así como la STS de 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7156)

¹³⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 220.

expresa inserta en un contrato se podrá transmitir a terceros siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos¹³⁵:

En primer lugar se deberán respetar los requisitos de fondo y forma que prevé el propio artículo 25 del Reglamento 1215/2012, es la llamada “regla previa de carácter procesal”¹³⁶.

En segundo lugar, la Ley aplicable al contrato deberá establecer que el tercero sucederá a la otra parte en todos los derechos y obligaciones, luego en ese caso tendría cabida la adquisición de la cláusula de sumisión. La doctrina más cualificada lo denomina “regla conflictual”¹³⁷.

En tercer lugar y a modo de conclusión podemos afirmar que si el contrato de cesión cuyos créditos se transmiten tiene una cláusula de sumisión inserta ésta seguirá el camino de aquel puesto que la cláusula de sumisión es accesoria del contrato. El contrato se debe transmitir con la cláusula de sumisión con independencia de que esté permitido por la ley que rige el contrato. En todo caso si el tercero en nuestro caso el cesionario, no tuvo conocimiento de la misma y de haberlo conocido no hubiera realizado el contrato se entenderá que no podrá serle transmitida, y por ello el cesionario y el deudor deberán firmar una nueva cláusula de sumisión¹³⁸. Así pues, en la mayoría de los casos el pacto de sumisión sólo afectarán a las partes que han firmado el acuerdo o el contrato originario, lo anterior no implica que en la cesión de créditos cuando un tercero “se subroga en la posición contractual de cualquiera de las partes, en cuyo caso, teniendo en cuenta la ley aplicable al supuesto, la cláusula de sumisión podría tener efectos frente a él” siempre y cuando el pacto de sumisión no afectara a las condiciones sustanciales del contrato del tercer interviniente o cesionario¹³⁹.

El sexto efecto de la cláusula de sumisión expresa implica que la nulidad del contrato no conlleva la nulidad de la cláusula de sumisión, pues como hemos afirmado

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 220-221.

¹³⁶ *Ibidem*

¹³⁷ *Ibidem*

¹³⁸ *Ibidem*, p. 121.

¹³⁹ RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p.63.

anteriormente la cláusula de sumisión es accesoria e independiente del contrato¹⁴⁰. En definitiva, el contrato de cesión de créditos puede ser nulo pero la cláusula de sumisión expresa realizada por las partes no corre la misma suerte.

Debemos finalizar el estudio del artículo 25 del Reglamento 1215/2012 haciéndonos eco de otra cuestión que no ha sido regulada expresamente por este instrumento comunitario. Estamos haciendo referencia a los supuestos en los que las partes de un contrato de cesión de créditos tienen domicilio fuera del territorio comunitario y sin embargo deciden realizar un pacto de sumisión expresa a favor de tribunales comunitario. Como hemos venido indicando a lo largo de todo el capítulo, el nuevo Reglamento avanza en este sector en relación al Reglamento 44/2001 al no exigir el domicilio de las partes para que las mismas realicen en el contrato de cesión de créditos un pacto de sumisión expresa a favor de tribunales comunitarios, no existirán mayores problemas cuando se cumplieran todos los ámbitos de aplicación del Reglamento 1215/2012 y por lo tanto se entendiera que el litigio está suficientemente vinculado con el ámbito comunitario. En caso contrario, nos encontraríamos con una “regla de competencia judicial internacional negativa” pues el tribunal designado por las partes tendría que aplicar sus normas de Derecho Internacional Privado para averiguar si ese acuerdo de sumisión es válido o no. Sólo en el caso de que dicho acuerdo sea válido podría conocer del asunto y por ello los tribunales del resto de Estados se abstendrían de conocer. Como comprobamos en este caso el tribunal aplicará sus normas de derecho interno al pacto de sumisión y no el Reglamento 1215/2012¹⁴¹.

La otra cuestión no regulada por el reglamento es la hipótesis contraria, es decir, si se produce en un contrato de cesión de créditos estrictamente comunitario, en el que todos los elementos del contrato están vinculados con lo que se conocía como el territorio 44, incluso el domicilio de las partes y sin embargo realizan una sumisión de a favor de tribunales de un tercer Estado o a favor de un arbitraje privado internacional. En este caso se entiende por parte de la doctrina más cualificada que la sumisión es válida (siguen la “tesis de la relevancia de la sumisión”) y en definitiva ese pacto será válido y eficaz de conformidad con las normas de producción interna del tribunal que

¹⁴⁰ *Ibidem*

¹⁴¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., pp. 221-222; “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., pp. 18-19.

está conociendo del asunto. Sin embargo en este tipo de supuestos siempre deberemos tener presente una idea fundamental: deberá garantizarse que el litigio se va a poder desarrollar ante el tribunal de ese tercer Estado y evitarse así una posible “denegación de justicia” para las partes; si no se garantiza el desarrollo del litigio en ese tercer Estados los tribunales de los Estados miembros del Reglamento 1215/2012 podrán conocer del litigio con independencia del pacto de sumisión y en ese caso podrán aplicarse el resto de foros del instrumento internacional¹⁴².

iv) Foro de la sumisión tácita

En el ámbito internacional nos encontraremos ante un supuesto de sumisión tácita en palabras de la doctrina más autorizada, cuando existe “un pacto entre las partes de una relación jurídica en cuya virtud éstas determinan *el órgano jurisdiccional* que será competente para conocer del litigio que enfrenta a tales partes. Dicho pacto es *implícito* (no consta previamente, ni de forma oral ni por escrito), y se verifica, siempre, durante el proceso judicial. Si el pacto es *anterior al proceso*, no existe <<sumisión tácita>> o <<subsumisión>>, sino que existirá, en su caso, una <<sumisión expresa>> o *Prorogation of Jurisdiction*¹⁴³”, también podrá existir sumisión tácita en el supuesto en el que demandante presentase demanda ante unos tribunales concretos y el demandado contesta a la demanda sobre el fondo del asunto sin impugnar la competencia de dichos tribunales. En definitiva, no es necesario que existiera previamente un acuerdo entre las partes con la “intención de someterse a una determinada jurisdicción¹⁴⁴”.

La figura de la sumisión tácita se recoge en el artículo 26 del Reglamento 1215/2012 de nuevo nos encontramos ante un foro a semejanza del artículo 24 del

¹⁴² *Ibidem*, compartimos la opinión de este sector doctrinal al entender que “la situación actual no es satisfactoria” puesto que con esta teoría se plantea el problema de que el acuerdo de sumisión será valorado de conformidad a las diferentes normas de los diferentes Estados, en definitiva, las normas variarán dependiendo de quien sea el tribunal que conoce del asunto. Para evitar lo anterior se ha propuesto crea una norma que regule lo anterior, en definitiva que permitiese a los tribunales del Reglamento 44/2001 declararse incompetentes sobre la base del citado texto internacional cuando las partes contratantes introdujeran en el contrato un pacto de sumisión a favor del conocimiento del asunto por parte de tribunales de terceros Estados. Vid. Libro Verde revisión del Reglamento 44/2001 de 21 de abril de 2009 COM 2009 175 final.

¹⁴³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier; “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000” en *International Law: Revista Colombiana de derecho internacional*, número 4, 2004, p. 50.

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 67.

Reglamento 44/2001¹⁴⁵; podemos afirmar que la figura de la sumisión tácita produce el “efecto de prórroga de la competencia” pues hace competentes a tribunales de un Estado comunitario que inicialmente no eran competentes porque los foros del Reglamento no les atribuían competencia; las partes de un contrato de cesión de créditos podrán someterse tácitamente a un concreto tribunal de un concreto Estado (con independencia de que previamente existiera un pacto de sumisión expresa a favor de otros tribunales)¹⁴⁶; en ese caso serán las normas de Derecho Procesal de ese concreto Estado las que determinen si ese tribunal posee competencia o no; por lo tanto el foro de la sumisión tácita puede ser un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial¹⁴⁷. Para que la sumisión tácita sea válida se deben dar los siguientes requisitos¹⁴⁸:

En primer lugar debemos mencionar que la sumisión tácita sólo podrá darse respecto de litigios civiles y mercantiles internacionales¹⁴⁹.

En segundo lugar debemos respetar el sistema de jerarquización de competencias tanto del 44/2001 como del Reglamento 1215/2012 provoca que las partes no puedan

¹⁴⁵ La única diferencia a tener en cuenta es que el artículo 26 del Reglamento 1215/2012 añade un nuevo párrafo (lo mencionaremos brevemente puesto que en este supuesto no tiene cabida el contrato de cesión de créditos) el segundo donde se recoge que en el supuesto en el que exista un colectivo especialmente vulnerable o digno de especial protección (como pudieran ser el tomador del seguro, consumidor o trabajador) debe quedar constancia de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia.

¹⁴⁶ “La sumisión tácita posterior deroga a la expresa anterior”. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier; “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000” en *International Law: Revista Colombiana de derecho internacional*, número 4, 2004, p. 50. De igual forma se desprende de la jurisprudencia del TJCE, Vid. STJCE de 24 de junio de 1981 *Elefanten*, as. C- 150/80; STJCE de 7 de marzo de 1985 *Spitzley*, as. C-48/84. Lo anterior es lógico si se tiene en cuenta que los pactos entre las partes pueden modificarse en cualquier momento salvo pacto en contrario establecido por las mismas. Vid. GOTHOT Pierre, HOLLEAUX Dominique; *La Convention de Bruxelles...*, op. cit., pp. 121 y ss

¹⁴⁷ Deducimos lo anterior al entender que lo no prohibido por el TJCE está permitido, en todo caso debemos tener presente que las partes se presentan ante un concreto tribunal y serán las normas procesales de ese concreto Estado las que determinen si sus tribunales son competentes o no. Luego el foro de la sumisión tácita es un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial.

¹⁴⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., pp. 224-227; “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., pp. 19-20; “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional...”, op. cit., pp. 55-72. De igual forma Vid. GAUDEMONT-TALLON, H., “Compétence et exécution des jugement en Europe. Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano (1988y 2007)”, 4ª. ed., en *LGDJ*, 2010, p. 152. Del mismo modo: RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 68.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 224 y p. 20 respectivamente.

realizar una sumisión tácita sobre materias objeto de competencias exclusivas¹⁵⁰. Sin embargo, la defensa de la tesis anterior de forma “tajante” puede implicar una denegación de justicia, así pues en este ámbito podría tener cabida una “postura intermedia”, en definitiva todo dependerá de donde tenga que ejecutarse la resolución; por ende si la resolución concerniente al contrato de cesión de créditos se debe ejecutar en un Estado miembro del Reglamento 1215/2012 y no en un tercer Estado, el pacto de sumisión tácita a favor de los Estados miembros debe tener plenos efectos jurídicos para evitar así una posible denegación de justicia; por el contrario, cuando la resolución referida al contrato de cesión de créditos deba ejecutarse de forma íntegra en un tercer Estado los tribunales comunitarios no podrán declararse competentes sobre la base de ese foro de sumisión tácita pues la resolución que dicten posiblemente no tendrá eficacia en ese Estado¹⁵¹.

En tercer lugar, “el litigio debe haber surgido en el momento de verificarse la sumisión tácita¹⁵²”. Aquí se produce una gran diferencia entre la sumisión expresa y la sumisión tácita, puesto que la sumisión expresa podrá realizarse en relación a litigios inexistentes, por el contrario la sumisión tácita sólo podrá realizarse en relación a litigios existentes mediante la correspondiente interposición de la demanda por el demandante¹⁵³.

En cuarto lugar podemos afirmar que no existirá sumisión tácita si en el supuesto en concreto el demandado comparece ante el tribunal con el objeto de impugnar su competencia; tampoco existirá sumisión tácita si el demandado se presenta ante el tribunal con el objeto de impugnar su competencia y a la vez realiza una defensa subsidiaria sobre el fondo del asunto o interpone una demanda reconvencional. En todo caso, serán las normas de Derecho procesal interno del concreto Estado las que determinen el momento a partir del cuál se puede interponer “la excepción de falta de

¹⁵⁰ *Rapport* DE ALMEIDA CRUZ, D.M; DESANTES REAL, M; JENARD, P., DOCE C/189 28 julio de 1990, núm. Marginal 25.

¹⁵¹ Tesis seguida por CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, pp. 224 y ss; ID., “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional...”, op. cit., p. 63; DROZ G.A.L., “La convention de San Sebastian alignant la convention de Bruxelles sur la convention de Lugano”, *RCIP*, vol. 79, 1990, pp. 1-21.

¹⁵² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 224; “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., p. 20; “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional...”, op. cit., p. 63.

¹⁵³ *Ibidem*

competencia judicial internacional¹⁵⁴”. El concepto de “comparecencia” es propio del Reglamento será el mismo para todos los Estados miembros. Se entenderá por tal: “la presencia legal del demandado en el proceso que lo faculta para ejercer los actos procesales que le corresponden como parte en el proceso¹⁵⁵”. De vital importancia en este ámbito es la STJCE de 7 de marzo de 1985 en concreto su Considerando 19 en donde se indica que: “El demandante que, ante una petición de compensación formulada por el demandado y para la cual el juez ante el que se ha interpuesto la demanda no sería competente, se opone al fondo de dicha demanda sin que, sin embargo, impugne la competencia del juez que conoce del asunto, se encuentra en una posición equivalente a aquella, expresamente prevista por el art. 18, de un demandado que comparece ante el juez al que se ha dirigido el demandante y omite alegar la incompetencia de dicho juez¹⁵⁶.”

En sexto lugar debemos aclarar que la sumisión tácita del artículo 26 sólo puede otorgar competencia a los tribunales de Estados miembros del Reglamento 1215/2012 con independencia de que no exista ningún “vínculo objetivo” más entre el concreto tribunal y el litigio referente a un contrato de cesión de créditos¹⁵⁷.

La sumisión tácita también será posible en determinados litigios en los que siempre es “aconsejable” proteger en mayor medida a una de las partes del litigio al entenderse que es la parte débil de la relación jurídica, en nuestro caso lo más lógico es que el pacto de sumisión tácita no suponga un perjuicio adicional en la situación jurídica del deudor¹⁵⁸.

¹⁵⁴ *Ibidem*, en el caso español lo anterior no tiene cabida puesto que, la falta de competencia judicial internacional debe realizarse como “incidente de previo pronunciamiento” luego si el demandado contesta a la demanda aunque sea con la finalidad de impugnar la competencia de los tribunales se entiende que existe sumisión tácita al no haber impugnado la misma en el “incidente de previo pronunciamiento”. Vid. STS de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005/8153); Auto de AP de Barcelona de 8 de julio de 2008 (JUR 2008/315388) entre otras.

¹⁵⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 225; de igual forma “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional...”, op. cit., pp. 65-66.

¹⁵⁶ Vid. STJCE de 7 de marzo de 1985 *Spitzley*, as. C-48/84, sentencia mencionada en páginas anteriores. De igual forma vid. GAUMENT-TALLON, “Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n. 44/2001, Conventions de Bruxelles et Lugano”, *LGDJ*, 3ª ed., París, 2002, p. 121.

¹⁵⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 225; de igual forma “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional...”, op. cit., pp. 65-66.

¹⁵⁸ El artículo también está pensado para la protección de ciertos colectivos considerados más vulnerables como pudieran ser: consumidores, trabajadores y asegurados.

En octavo lugar nos podemos encontrar en la práctica mercantil internacional con los supuestos de “pluralidad de controversias” entre las partes, en estos casos para que la sumisión tácita sea válida, el demandado deberá aceptar la competencia del tribunal en relación a todos las controversias existentes¹⁵⁹.

En noveno y último lugar tenemos que traer a colación otra importante característica de este foro, puesto que opera con independencia del domicilio de las partes, se entiende que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes y por ende respetar que quisieran que su litigio fuera resuelto por tribunales pertenecientes al ámbito comunitario con independencia de que ellas estuvieran domiciliadas en un tercer Estado¹⁶⁰. Lo anterior es lógico, pues tanto el Reglamento 1215/2012 como su predecesor establecen sus propias reglas de cara a la aplicación de su articulado; como el Reglamento 1215/2012 no exige el domicilio de las partes en territorio comunitario se garantiza la autonomía de la voluntad de las partes y la previsibilidad del tribunal competente¹⁶¹.

v) Foro del domicilio del demandado

El foro del domicilio del demandado se recoge en el artículo 4 del Reglamento 1215/2012 donde se revela que serán competentes los tribunales del Estado miembro

¹⁵⁹ *Ibidem*

¹⁶⁰ *Ibidem*, Vid STJCE de 13 de julio de 2000, *Josi* (as. C- 412/98) en concreto los fundamentos jurídicos 44 y 45, donde se establece expresamente que no es necesario que el demandante tenga su domicilio en un Estado contratante del Reglamento, sino que lo verdaderamente importante es que el demandado comparezca ante un tribunal del Territorio 44 contestando sobre el fondo del asunto sin impugnar la competencia de dicho tribunal. En esta sentencia podemos confirmar que el TJCE sigue la “Tesis expansiva”: “Las partes que se han sometido tácitamente a un tribunal de un Estado miembro han podido prever la aplicación del artículo 24 del R44/2001 a su acuerdo tácito de sumisión”. En contra de lo anterior Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S.; *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 2001, pp. 108-109, para estos autores lo lógico es seguir la “Tesis paralela” en base a lo cual “paralelamente a lo dispuesto por el artículo 23 del Reglamento 44/2001, al menos una de las partes debería estar domiciliada en el territorio de un Estado miembro”. No compartimos la opinión anterior puesto que en el caso de la sumisión tácita (a diferencia de la expresa) el pacto de elección de tribunal se produce cuando el litigio ya ha surgido, en ese caso “(...) las partes ya pueden prever, razonablemente, la aplicación del Reglamento 44/2001 a su acuerdo de sumisión tácita. Además, el demandado siempre está a tiempo de negarse a la sumisión tácita intentada por el demandante mediante la presentación de su demanda ante un tribunal de un Estado miembro. Por eso, es completamente erróneo exigir el domicilio de <<una de las partes>> en el territorio de un Estado miembro”: Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional...”, op. cit., pp. 66-67. Lo anterior nos sirve para aclarar la inaplicación de la tesis que exige el domicilio del demandado en territorio 44 para que el pacto de sumisión tácita sea válido. Del mismo modo: RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Los contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 68.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 71-72.

donde se hallare el domicilio del demandado. En líneas generales debemos tener en cuenta que el Reglamento 1215/2012 reproduce las mismas consideraciones que el artículo 2 del Reglamento 44/2001. Podemos afirmar que el foro del artículo 4 simplemente es un foro de competencia judicial internacional, la determinación de la concreta competencia territorial se realizará en virtud de la aplicación de las normas de competencia interna (Derecho procesal) del concreto Estado¹⁶².

Este foro responde a la idea clásica de *actor sequitur forum rei*, la competencia del juez del domicilio del demandado se basa en tres fundamentos jurídicos públicos¹⁶³:

En primer lugar se entiende que el Estado con más potestad para conocer del litigio será el foro del domicilio del demandado, puesto que como este se beneficia de los servicios que dicho Estado le garantiza también deberá quedar sujeto a su “poder jurisdiccional”¹⁶⁴.

En segundo lugar, se entiende que este foro facilita la realización del procedimiento ya que favorece las pruebas, las notificaciones¹⁶⁵...

En tercer lugar debemos mencionar que con este foro se garantiza en cierto modo que las demandas que se interpongan tengan “cierto futuro, visos de prosperar” puesto que el demandante sólo se desplazará al país del demandado si tiene “suficientes fundamentos” del avance de su demanda¹⁶⁶.

Todo lo anterior nos lleva a entender que el foro del domicilio del demandado es un “foro general”, en definitiva su aplicación será independiente de la materia objeto del litigio y del tipo del proceso ante el que nos encontremos, lo verdaderamente importante

¹⁶² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 227; “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., p. 21.

¹⁶³ VIRGÓS SORIANO M., GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 87 y ss. Es necesario que el demandado esté domiciliado en el territorio 44 Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 70.

¹⁶⁴ *Ibidem*, de los fundamentos jurídico privado se hacen eco CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 227. El foro del domicilio del demandado en el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil, DOUE L351 de 20 de diciembre de 2012, se recoge en el artículo 4 Vid. p. 7.

¹⁶⁵ *Ibidem*

¹⁶⁶ *Ibidem*

será que no exista un foro de competencia exclusiva del artículo 24 y que no exista sumisión de las partes de los artículos 25 y 26 del Reglamento 1215/2012, en ese caso se dice que nos encontramos ante un “foro débil” puesto que cede ante los anteriores¹⁶⁷.

De otro lado, este foro también tiene cuatro fundamentos jurídicos privados en el sentido de que¹⁶⁸: Es un foro que beneficia al demandante puesto que le permite que la sentencia sea ejecutada de forma rápida, ya que en la mayoría de los casos el patrimonio del demandado suele estar donde tiene su domicilio¹⁶⁹, en segundo lugar podemos decir que también beneficiará al demandado pues podrá organizar su defensa en su propio país; en tercer lugar el artículo 4 de Reglamento favorece el reparto de las cargas entre las partes en el proceso de forma igualitaria, es decir, el actor decide demandar pero no el país en el que debe hacerlo pues en todo caso tendrá que acudir al domicilio del demandado, es un foro con enorme tradición histórica, está vigente en el ámbito procesal de Occidente desde hace más de mil años¹⁷⁰. En cuarto y último lugar mencionamos que es un foro garantista del procedimiento pues unifica en un mismo litigio y en una misma resolución los hechos ocurridos en distintos países¹⁷¹.

A grandes rasgos podemos concluir que es un foro “ágil, eficiente y previsible” puesto que las partes previamente a la existencia de un litigio conocerán la localización de la “cosa litigiosa” o donde debe realizarse “la prestación principal objeto del contrato”, en definitiva si los bienes del demandado se encontraran en el mismo lugar

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 228.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 228-231 y p. 21 respectivamente.

¹⁶⁹ Entendemos que lo anterior sólo será válido si los bienes del demandado se encuentran en el país de su domicilio.

¹⁷⁰ “La verdadera razón por la que el foro del domicilio del demandado constituye <<la regla general de competencia judicial>> del Reglamento 44/2001 responde a la influencia del <<principio de soberanía>> sobre el legislador europeo. Éste no quiso que una norma de Derecho de la UE permitiera <<atraer>>, ante los jueces de los Estados miembros, a ciudadanos con domicilios en terceros países. Se partía de la idea de que los ciudadanos están sujetos a los tribunales del Estado en cuyo territorio residen, esto es, están sujetos a la soberanía jurisdiccional de dicho Estado. Por ello, el Reglamento no quiso obligar, en virtud de normas europeas, a litigar ante los tribunales europeos a ciudadanos japoneses, canadienses, norteamericanos, etc. El Reglamento se limitó a establecer que si un Estado miembro quería <<atraer a sus tribunales>> a ciudadanos con domicilio en terceros Estados, podía hacerlo en virtud de sus normas de producción interna, pero que el Reglamento 44/2001, una norma de Derecho europeo, no lo iba a hacer (...) El Reglamento 44/2001 no desea interferir en la <<competencia jurisdiccional soberana>> que cada Estado tercero despliega sobre los ciudadanos con domicilio en su territorio...” Todo lo anterior se explica por el hecho de que el propio artículo 59 de Reglamento 44/2001 establece que “Los Estados miembros tendrán competencia exclusiva para decidir qué personas físicas están situadas bajo su soberanía jurisdiccional”; Vid: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 230.

¹⁷¹ *Ibidem*

del domicilio se garantizaría un cumplimiento eficaz de la sentencia, en estos casos no sería necesario instar ni siquiera un reconocimiento o *exequátur* de la sentencia¹⁷². Pero sólo se garantiza eso, el foro del artículo 4 del Reglamento 1215/2012 no es tan eficaz en el supuesto en el que los bienes del demandado no estén en el país de su domicilio, en ese caso el demandante en cierta medida se verá perjudicado ya que a pesar de no ser la parte incumplidora del contrato tendrá que litigar ante un país extranjero que no es el de su domicilio y asumir los consabidos costes de desplazamiento, además en ocasiones se hace necesario instar un procedimiento de reconocimiento o ejecución de la sentencia dictada por los tribunales del domicilio del demandado para que la misma sea reconocida por los tribunales del lugar de ejecución, en definitiva por los tribunales de situación de los bienes; lo cual podría suponer una reducción del comercio internacional ante el temor de los elevados costes de litigar varias veces en el extranjero para un mismo procedimiento; para solventar lo anterior lo más lógico es que las partes en el comercio internacional “pacten previamente” los tribunales competentes en caso de litigio¹⁷³.

Al analizar el concepto de domicilio nos encontramos de nuevo con una laguna que no era resuelta por el Reglamento 44/2001 y que muy a nuestro pesar tampoco ha sido resuelta por su predecesor el Reglamento 1215/2012. Ninguno de los dos instrumentos comunitarios establecen un concepto común de lo que deba entenderse por domicilio de las personas físicas, lo anterior es lógico puesto que los Estados miembros del territorio comunitario tienen diferentes conceptos de domicilio de personas físicas, sin embargo sí se han establecidos diferentes reglas a tener presente de cara a averiguar el domicilio de las personas físicas en el caso en concreto¹⁷⁴.

En primer lugar, para determinar si una persona física está domiciliada en el país cuyos tribunales están conociendo del asunto el tribunal aplicará “su ley interna” como se desprende del propio artículo 62 del citado texto internacional. Es decir, cuando una persona física es demandada ante los tribunales españoles, en nuestro caso cedente,

¹⁷² En este momento debemos realizar una observación la cual será objeto de desarrollo posteriormente; una de las finalidades del Reglamento 1215/2012 es la supresión de la figura jurídica del *exequátur*, posteriormente explicaremos que una cosa es lo que se pretende y otra cosa es lo que se consigue finalmente. Todo lo anterior deberemos tenerlo presente en relación con la ejecución de una posible sentencia de cesión de créditos en otro Estado perteneciente al territorio comunitario.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 230.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 231-233; así como pp. 21-22 respectivamente.

cesionario o deudor, nuestros tribunales para averiguar si está domiciliada en nuestro territorio deberá aplicar nuestras normas de derecho interno, en concreto se aplicará el artículo 40 del Código Civil el cual equipara domicilio con residencia habitual¹⁷⁵.

En segundo lugar puede suceder que el demandado, persona física (en nuestro caso: cedente, cesionario o deudor) esté domiciliada en otro Estado miembro del Reglamento 1215/2012 (no en el país cuyos tribunales están conociendo del asunto); el tribunal que está conociendo del asunto para determinar si el sujeto está domiciliado en otro Estado contratante tendrá que aplicar la Ley de dicho Estado. “Es una solución conflictual” es decir, se produce una “remisión a la Ley del domicilio presunto”¹⁷⁶.

Una vez analizado el domicilio de las personas físicas podemos afirmar que al no existir un concepto único de domicilio válido para todos los Estados miembros del Reglamento 1215/2012 pueden surgir “conflictos positivos y negativos” de domicilios de personas físicas¹⁷⁷:

En la práctica internacional puede suceder que una persona física (cedente, cesionario o deudor) esté domiciliada en varios Estados sobre la base de la aplicación de las normas de derecho interno de los correspondientes Estados. En ese caso las soluciones pueden ser las siguientes: el demandante deberá elegir ante qué país demandar y en todo caso si el demandante interpone demanda ante el país del domicilio del demandado, dicho tribunal se deberá declarar competente aunque el demandado

¹⁷⁵ *Ibidem*, como afirma este sector doctrinal, para el caso español el Tribunal Supremo establece que para que un sujeto tenga residencia habitual en España se exige la concurrencia de dos requisitos: *domus colere* o presencia física del sujeto en nuestro territorio y *animus manendi*, es decir, intención de permanecer en nuestro territorio. Si el tribunal tras realizar el análisis anterior entiende que el sujeto no está domiciliado en territorio español dicho sujeto no podrá ser demandado ante los tribunales españoles en virtud de la aplicación del artículo 2 del Reglamento 44/2001.

¹⁷⁶ *Ibidem*. Nos encontramos en este caso ante un reenvío de primer grado. De nuevo debemos tener presente que ciertos Estados han establecido un concepto propio de domicilio, un ejemplo es Reino Unido e Irlanda: Vid Informe POCAR, Fausto., relativo al Convenio de Lugano II, DOUE (C-319/7) de 23 de diciembre de 2009; para el caso de domicilio de personas jurídicas se establece que la sociedad tendrá su domicilio donde tenga su “*registered office*” y en defecto de lo anterior *place of incorporation* o *formation*. De igual forma Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., pp. 71-73.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 233-234 y pp. 22-23 respectivamente. De la misma forma Vid. Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., pp. 71-73.

también tenga domicilio en otro Estado miembro, pues siempre tendrá preferencia el domicilio que coincide con el tribunal que está conociendo del caso¹⁷⁸.

De otro lado en la práctica comercial pueden surgir conflictos negativos de personas físicas y por lo tanto que en el caso en concreto la persona física no está domiciliada en ningún Estado miembro pero sin embargo realice la actividad principal en el ámbito comunitario. En este supuesto existen varias teorías¹⁷⁹:

La teoría del sistema cerrado, los defensores de dicha teoría entienden que en estos casos no se podrá litigar en territorio 44, se deberá litigar ante el tercer Estado. En todo caso, no compartimos dicha posibilidad puesto que se podría incurrir en una “denegación de justicia” y en una “vulneración de la tutela judicial efectiva¹⁸⁰”.

De otro lado debemos tener presente la teoría del “foro de necesidad”: en la hipótesis anterior se debería litigar ante los tribunales del territorio comunitario sobre la base de un foro de necesidad siempre cuando se pudiera comprobar que entre el litigio y el tribunal que conoce del asunto existe “un ligamen efectivo” que se puede acreditar por varias vías: “vía patrimonial”, se podrá demandar ante los tribunales del país donde el sujeto tenga bienes y por ende donde la sentencia se pueda ejecutar; “vía de la residencia habitual”: se podrá demandar ante los tribunales donde la persona tenga su residencia habitual y por último “vía del foro de necesidad libremente elegido”, es decir las partes podrán litigar ante los tribunales del Estado miembro donde el sujeto realiza sus actividades¹⁸¹.

Una vez analizado el domicilio de las personas físicas y sus correspondientes conflictos deberemos analizar el domicilio de las personas jurídicas. En relación al domicilio de las personas jurídicas el Reglamento fue más específico puesto que el propio artículo 63 establece una “noción material” de domicilio de persona jurídica, al

¹⁷⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 230.

¹⁷⁹ *Ibidem*

¹⁸⁰ De igual forma CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 234; “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., p. 23. El propio artículo 6 del CEDH prohíbe dicha opción.

¹⁸¹ *Ibidem*, del mismo modo: RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA., “Contratos de distribución...”, op. cit., p. 73.

establecer que¹⁸²: una persona jurídica estará domiciliada donde tenga su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividades principales¹⁸³. Con este triple concepto de domicilio de persona jurídica aumentan las posibilidades de demandar a una empresa ante los tribunales de los Estados miembros a través de los foros del Reglamento 1215/2012, así se garantiza la tutela judicial efectiva y se favorece la contratación comercial pues en caso de incumplimiento el demandante podrá acudir ante diferentes tribunales de diferentes Estados. Además con esta “noción amplia de domicilio” se evita “el *Forum Non Conveniens*” es decir, los tribunales de un Estado miembro se deberán declarar competentes para conocer de un litigio a pesar de que el único vínculo que exista con su Estado sea la sede estatutaria, la administración central o centro de actividades principales de la empresa, deberán conocer del asunto y no podrán “alegar” que el supuesto no tiene suficientes vínculos con su Estado. Lo lógico es entender que el domicilio tendrá que determinarse en el momento de interposición de la demanda¹⁸⁴.

En el supuesto en el que nos encontremos ante un *trust* se entiende por el artículo 63 apartado tercero que para averiguar si está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales están conociendo del asunto, dicho órgano jurisdiccional deberá aplicar sus normas de Derecho Internacional Privado¹⁸⁵.

En los contratos internacionales puede suceder que las partes elijan el domicilio de forma fraudulenta por ser los tribunales del país que más les beneficia, pero esto no

¹⁸² El concepto de domicilio del artículo 63 es una réplica exacta del artículo 60 del Reglamento 44/2001 los cuales se basaban en el antiguo artículo 48 TCE actualmente artículo 50 del TFUE en relación a la libertad de establecimiento de las personas jurídicas de la UE. De igual forma CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 232.

¹⁸³ RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”: “Estos tres conceptos de domicilios se corresponden con distintos elementos que conforman la empresa. Así la sede estatutaria es la sede social, la que aparece en los estatutos de la compañía. La administración central es la sede real, desde donde se dirige la empresa. Y, por último, el centro de actividad principal es donde se desarrolla la actividad de la compañía”.

¹⁸⁴ *Ibidem*. Además como afirmar estos autores, en el supuesto de las personas jurídicas y en concreto a la hora de determinar su domicilio “no operará la técnica societaria del levantamiento del velo” (...) No importa donde tenga el domicilio la sociedad “principal o matriz”, cada sociedad se tratará como si fuera un “demandado por separado” en definitiva cada persona jurídica será considerada como un demandado más. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de junio de 2003 (JUR 2003/248576) donde se establece como improcedente la medida cautelar adoptada de embargo preventivo de forma previa a la presentación de la demanda contra una sociedad Argentina con domicilio en Argentina y contra dos sociedades españolas con domicilio en España. Compartimos la opinión de este sector doctrinal al entender que el triple criterio de domicilio de las personas jurídicas también será aplicable a la Sociedad Europea.

¹⁸⁵ *Ibidem*

puede ser posible a los efectos del artículo 4 del Reglamento 1215/2012 pues se favorecerían los fraudes y se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, en todo caso, se entiende por la doctrina más cualificada que la elección de domicilio por las partes equivaldría a un pacto de sumisión¹⁸⁶.

Sin embargo, el artículo 4 del Reglamento 1215/2012 no está exento de críticas (al igual que sucedía con su antecesor) pues la falta de una noción propia implica una carga adicional para el demandante: antes de demandar tendrá que averiguar previamente el domicilio del demandado, en el caso de que fuera una persona física lo averiguará recurriendo al Derecho Procesal interno del “presunto domicilio del sujeto” como se desprende de la lectura del artículo 62 del citado texto, por el contrario si nos encontramos ante una persona jurídica podrán darse los tres criterios del artículo 63, las complejidades anteriores quedarían suprimidas si el Reglamento 1215/2012 hubiera dado un paso adicional a su predecesor ya que “si el Reglamento 44/2001 identificara correctamente cuál es el Estado miembro donde tiene su domicilio el demandado y además el concreto tribunal territorialmente competente para conocer del litigio en virtud de dicho foro, se reducirían de modo significativo los costes de litigación internacional asociados a la regla *actor sequitur*¹⁸⁷”.

Con respecto a las personas jurídicas también podrán plantearse conflictos positivos y negativos de domicilios. No existen mayores problemas en relación a los conflictos positivos de domicilios pues se entiende que el propio artículo 63 favorece dicha opción. En ese caso lo más lógico será entender que el demandado deba elegir ante qué país demandar. Mayores complicaciones plantean los supuestos de conflictos negativos de personas jurídicas, es decir, si ninguno de los criterios del artículo 63 permite individualizar el concreto domicilio de la persona jurídica, en esos casos no podrá declararse ningún tribunal competente sobre la base de los foros del artículo 4 del Reglamento 1215/2012. Sin embargo, puede suceder en la práctica que la persona jurídica no posea su domicilio en un concreto Estado miembro pero sí desarrolle sus actividades principales en el territorio del Reglamento, en ese caso se hace una ficción legal y para evitar que se produzca una denegación de justicia se considerará que la

¹⁸⁶ VIRGÓS SORIANO M., GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., pp. 87 y ss.

¹⁸⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 233.

persona jurídica está domiciliada en cualquiera de los Estados donde lleve a cabo sus actividades “de forma evidente”¹⁸⁸.

vi) Foro especial en razón de la materia

Los foros especiales en razón de la materia son denominados “foros de ataque” se recogen en los artículos 7 a 23 del Reglamento 1215/2012 antiguos 5 a 21 del Reglamento 44/2001¹⁸⁹. En líneas generales podemos afirmar que no se ha introducido grandes modificaciones, seguimos encontrándonos con un artículo 7 bastante complicado.

a) Nociones generales

El artículo 5.1 del R44/2001 actual artículo 7 del Reglamento 1215/2012 sí ha sufrido una significativa transformación en relación con su predecesor¹⁹⁰ es decir, el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas establece que: “Las personas domiciliada en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1. en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación litigiosa que sirviere de base a la demanda”. El artículo 5.1 del Reglamento 44/2001 se dicta con la finalidad de “ayudar” a los jueces nacionales en la ardua tarea de declarase o no competentes en un litigio internacional. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, a nuestro entender el artículo 5.1 del Reglamento 44/2001 se convierte en un precepto de ardua comprensión, así se desprende de la lectura de la doctrina: “muy

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 235-236.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 236. Del mismo modo Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., pp. 75-141. El foro especial en razón de la materia se encuentra recogido en el artículo 7 del Reglamento 1215/2012, el cual establece que “una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: 1) a) “En materia contractual, ante le órgano jurisdiccional de lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda”. Vid. DOUE L351 de 20 de diciembre de 2012, en concreto Vid. p. 8. Compartimos la opinión de la profesora RODRÍGUEZ RODRIGO al entender que la diferencia simplemente es la forma de redacción y no el fondo; a nuestro entender con gran desacierto de los legisladores comunitarios ya que cuanto menos hubiera sido imprescindible convertir el artículo en un texto menos complejo. Tampoco se introduce ninguna novedad en relación con el foro de especial en razón de la materia de cara a los establecimientos secundarios; lo único que cambia es su ubicación puesto que con el Reglamento 1215/2012 pasará a incluirse dentro del texto del artículo 7 apartado 5.

¹⁹⁰ Vid. CASTELLANOS RUIZ Esperanza, “Competencia judicial internacional sobre venta internacional: artículo 5.1 Reglamento 44/2001”, en A.A.V.V., *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006 p. 110.

complicado, inextricable y misterioso¹⁹¹” para otros autores nos encontramos con un precepto de “redacción mediocre¹⁹²” y finalmente para otro sector doctrina lo lógico sería que se hubiera suprimido¹⁹³. Todo lo anterior nos lleva a entender la enorme importancia que el 5.1 tiene dentro del Reglamento 44/2001 actual artículo 7 del Reglamento 1215/2012, podemos afirmar que nos encontramos ante “el precepto más importante del Reglamento¹⁹⁴”.

Antes de desarrollar el artículo 7 del Reglamento 1215/2012 y aunque será objeto de estudio de forma más detallada en páginas posteriores, debemos avanzar que el análisis del citado artículo en relación con la cesión de créditos siempre deberá realizarse en concordancia con el Reglamento Roma I sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁹⁵, “(...) el Reglamento Roma I es un complemento lógico del Reglamento 44/2001, pues de esta forma se unifican tanto los foros de competencia judicial internacional en materia de contratos como las normas reguladoras de la Ley aplicable a los contratos internacional entre los Estados miembros de la Unión Europea (...) El juez que conoce del litigio, en virtud del Reglamento 44/2001, tiene que utilizar el Reglamento Roma I para verificar su competencia a través de la *lex contractus* y la posible aplicabilidad de la CV de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías de forma indirecta. Sin embargo, antes de entrar a comprobar como aplican los jueces el Convenio de Roma, actual Reglamento Roma I, a estas dos cuestiones (compraventa de mercaderías y prestación de servicios) se hace necesario empezar por el estudio de la

¹⁹¹ HEUZÉ V., “De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l’exemple d l’article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968”, *RCDIP*, 2000, pp. 595 y ss, de igual forma CALVO CARAVACA Afonso Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier., *Derecho Internacional Privado II*, vol. II, 13ª ed., Comares, Granada, 2012, p. 551.

¹⁹² MOURRE A., <<Trente ans après la convention de Bruxelles: bilan et perspectives de la jurisprudence concernat la détermination de la juridiction compétente en matière contractuelle>>, *RDAL*, 1999, pp. 385-409; ID., <<La communitarisation de la coopération judiciaire en matière civile>>, *RDAL*, 2001-6, pp. 700-792.

¹⁹³ DROZ G.A.L., <<Deledum est forum contractus?(vingt ans après les arrêts *De Bloos* et *Tessili* interprétant l’article 5 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)>>, *Recueil Dalloz*, 1997, pp. 135 y ss.

¹⁹⁴ Vid. MANKOWSKI, P., <<Art. 5.1>> en MANKOWSKI, P., MAGNUS, U., (Eds.), *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, July 2007, pp. 77-167; el planteamiento anterior es compartido por: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier., “Contratos Internacionales (I): Competencia Judicial y Ley aplicable”, en A.A.V.V., *Derecho del comercio Internacional*, Colex, 2012, p. 482; CASTELLANOS RUIZ Esperanza, “Competencia judicial internacional...”, p. 112.

¹⁹⁵ Tras aplicar el Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 durante más de 15 años se convierte en el Reglamento Comunitario núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) de aplicación desde el 17 de diciembre de 2009 (salvo el artículo 26 que entró en vigor el 17 de junio de 2009). Vid. *DOUE* núm. L177 de 4 de julio de 2008.

determinación de la competencia judicial internacional en materia de contratos internacionales globalmente considerados para poder entender el papel que juega el Reglamento Roma I en este caso¹⁹⁶”.

b) Materia contractual y alcance del foro

Para que el artículo 7 del Reglamento 1215/2012 se aplicable a un caso concreto serán necesarios dos requisitos cumulativos: que el demandado esté domiciliado en territorio comunitario (t44) y que el demandante interponga la acción ante un tribunal de un Estado miembro del Reglamento 1215/2012 distinto al del domicilio del demandado. Se dice en ese caso que nos encontramos ante un foro alternativo al del domicilio del demandado¹⁹⁷. Si los dos foros llevaran al mismo Estado por entender que el demandado tiene el domicilio en el mismo país en el que debió cumplirse la obligación litigiosa que sirve de base a la demanda sólo será aplicable el foro general del artículo 4 del Reglamento es decir, el foro del domicilio del demandado, por lo tanto los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente sólo podrán conocer del asunto sobre la base del foro del artículo 4 del Reglamento 1215/2012. Lo anterior tiene importancia ya que el foro del domicilio del demandado es un foro de competencia judicial internacional en sentido estricto y no de competencia territorial, luego en ocasiones

¹⁹⁶ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>> sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho transnacional*, Comares, Granada, 2009, p. 165.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 166. De vital importancia en este ámbito es la STJCE de 15 de febrero de 1989, *Six Constructions Ltd*, as. C-32/88 donde el propio tribunal establece que: “El artículo 5.1 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil debe interpretarse en el sentido de que, en materia de contrato de trabajo, la obligación que habrá de tomarse en consideración como característica de dichos contratos, en particular, prestar los servicios pactados. En materia de contrato de trabajo, no ha lugar aplicar el apartado 1 del artículo 5 del Convenio cuando la obligación del trabajador de prestar los servicios pactados ha sido y debe ser cumplida fuera del territorio de los Estados contratantes; y que, en semejante caso, es el domicilio del demandado, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Convenio, el que determina la competencia judicial”. Vid. de igual forma CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 551; ID., *Derecho Internacional...* vol. I, op. cit., p. 236: “El Reglamento ha sido diseñado como instrumento neoliberal que fomenta las relaciones contractuales y que, por ello, contribuye a la generación de la riqueza económica. En efecto, con la pluralidad de foros que ofrece, los operadores económicos saben que pueden resolver fácilmente las controversias surgidas de la contratación internacional, lo que les estimula a actuar en el marco supranacional”: De igual forma RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., pp. 79-80.

dependiendo del concreto foro que se utilice podrán conocer del asunto unos tribunales u otros¹⁹⁸.

Debemos tener presente que es un foro “de competencia judicial internacional y de competencia territorial”, pues el artículo 7.1 “designa el concreto tribunal territorialmente competente¹⁹⁹”. Normalmente el foro especial en razón de la materia hace competentes a los tribunales del domicilio del demandante; la finalidad es que las partes se encuentren con un foro fácilmente previsible para ellas y que conozcan del caso los tribunales de un Estado vinculado con el asunto²⁰⁰. Sin embargo debemos tener en cuenta que en ocasiones el foro del domicilio del demandante no es el foro más vinculado con el asunto y por ende en ocasiones el tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa puede que no coincida con el tribunal del foro del domicilio del demandado e incluso que no coincida con el tribunal del domicilio del demandante²⁰¹.

¹⁹⁸ Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 81. La postura anterior es fruto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, se puede observar dicha argumentación en la STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis*, as. C-189/87, en concreto Vid. la p. 05565 apartado 19: “Con respecto a la segunda parte de la cuestión, hay que observar, como hemos recordado anteriormente, que las <<competencias especiales>> enumeradas en los artículos 5 y 6 del Convenio constituyen excepciones al principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio del demandado, que deben interpretarse en sentido estricto. (...)”.

¹⁹⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol I, op. cit., p. 554, Vid. STJCE de 19 febrero de 2002 *Bexis*, as. C- 256/00, como afirman estos autores la finalidad del citado artículo es la “proximidad de litigio con el tribunal competente”. El foro especial en razón de la materia puede indicar el concreto tribunal territorialmente competente “y lo hacen conduciendo al *lugar* concreto, no al Estado cuyos tribunales resultan competentes”. Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 47-51; del mismo modo RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 81.

²⁰⁰ Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., pp. 81-82; del mismo modo: DROZ, G.A.L., “Comentario a la sentencia de la Cour de Casation (1 Ch. civ) de 6 de febrero de 1996, en *RCDIP*, núm. 3, 1996, p.505, el citado autor indica que en el supuesto de incumplimiento de la obligación de pago tanto el derecho italiano como el derecho francés hacen competentes a los tribunales del domicilio del vendedor, nos encontramos ante un foro especial del demandante, es decir: “*forum actoris*”. Del igual manera Vid. JAYME, E., “La ubicación del artículo 5 en el sistema del Convenio. La competencia en materia contractual”, en *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa, Ponencias al coloquio relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal Europeo de Justicia en la perspectiva del Espacio Judicial Europeo, Luxemburgo, 11 y 12 de marzo de 1991*, Pamplona, 1993, p. 84. BERHAR-TOUCHAIS, M., VIRASSAMY, G., “Les contrats de la distribution” en *LGDJ*, París, 1999, p. 367.

²⁰¹ Como indica la doctrina más autorizada “todo dependerá de qué parte ocupe cada posición procesal en el litigio”. >> MANKOWSKI, P., en MANKOWSKI, P., MAGNUS, U., (Eds.), *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, July 2007, pp. 77-167. Del mismo modo Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contrato internacionales de distribución...”, op. cit., pp. 82-83.

Si analizamos el artículo 7.1 apartado a) nos encontramos con que establece los tribunales competentes en “materia contractual”, así pues, en primer lugar será necesario precisar dicho concepto, de otro lado también tendremos que precisar lo que sucederá en el supuesto en el que el contrato sea nulo o inexistente.

El TJCE ha establecido que la noción “materia contractual” debe interpretarse de forma independiente del derecho de los Estados miembros. Como hemos mencionado anteriormente el reglamento 1215/2012 al igual que sucedía con el Reglamento 44/2001 no ha dado una noción general válida para todos los Estados miembros de lo que deba entenderse por “material contractual”, sin embargo del análisis casuístico de la jurisprudencia se desprende que es necesario que exista “un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra²⁰²”; en nuestro caso la cesión de créditos sería materia contractual, en la que el cedente y el cesionario deciden realizar un contrato de cesión de créditos, dejando el primero de ser el acreedor de unos créditos frente a un deudor.

El Tribunal a la hora de definir “compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra” utiliza un concepto amplio, y así se desprende del Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de octubre de 2007²⁰³: a) Para el TJCE “el compromiso voluntario entre las partes” concurre en el caso pleitos cuyo objeto sea la nulidad o

²⁰² CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 551-552; ID., *Contratos Internacionales (I)...*, op. cit., pp. 483-484; ID., “Tribunales estatales competentes...”, op. cit., pp. 24-25 de igual modo Vid. ²⁰² CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op.cit., pp. 167-168; ID., “Competencia judicial internacional...”, op. cit., pp. 113-116; ALEXANDRE, D.; HUET A., <<Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciales)>>, *Rep. Internat. Dalloz*, enero 2003, pp. 26-27, en concreto Vid. párrafo 137. De vital importancia son las siguientes sentencias (algunas de ellas ya mencionadas anteriormente): STJCE de 22 de marzo de 1983 *Peters*, as. C-34/82; STJCE de 8 de marzo de 1988 *Arcado*, as. C-9/87; STJCE de 27 de septiembre de 1988 *Kalfelis*, as. C-189/87 y STJCE de 17 de junio de 1992 *Jacob Handte*, as. C-26/91 entre otras.

²⁰³ Auto de Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de octubre de 2007, JUR 2007/325031, recurso de apelación interpuesto por Chapman Freeborn Airmarketing GMBH contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza de fecha 10 de febrero de 2006, el Tribunal resuelve: 1º) “No haber lugar a declarar a decretar la nulidad de actuaciones por falta de competencia de los Tribunales Españoles para conocer de las demandas interpuestas contra la mercantil recurrente, así como por corresponder su conocimiento al orden jurisdiccional contencioso, ni por una indebida acumulación de procesos ni por falta de competencia objetiva”. 2º) “Se declara la nulidad de las actuaciones por falta de emplazamiento de la mercantil recurrente, y con reposición al momento anterior a su declaración en rebeldía, por el Juzgado se procederá a otorgarle el plazo legal para contestar a las demandas contra ella interpuestas”. Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 551-552; ID., “Contratos Internacionales (I)..., op. cit., pp. 483-484.

inexistencia de un contrato y “contratos preliminares”. En todo caso en la práctica concreta estaremos en presencia de materia contractual cuando el contrato “no se ha celebrado formalmente” e incluso en los supuestos en los que el “contrato sea inexistente”²⁰⁴. Mayores dudas plantea la inclusión en el articulado de los contratos realizados por obligación legal (no estaríamos en presencia de una obligación voluntaria) así como la inclusión de los contratos en los que sólo una de las partes ha dado su consentimiento “promesas unilaterales”²⁰⁵.

Por el contrario no podrá aplicarse el artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012 a las siguientes materias: Reclamaciones de terceras partes (se excluye la acción directa de una parte contratante frente a un tercer interviniente), la responsabilidad por culpa in contrayendo (también está excluida en el artículo 1.2 apartado i) del Reglamento Roma I, ya que no existen compromisos libres entre las partes; tampoco tendrán cabida dentro del artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012 “las obligaciones que nacen de instrumentos negociables”, se entiende que dichas obligaciones nacen de un concreto instrumento (cheque, pagaré, letra de cambio), es decir, no surgen de “acuerdos” ni “negociaciones” o “compromisos” entre las partes, sino que surgen “del documento o del título-valor”. “Derivan del <<documento>> o <<título valor>>, no de un <<contrato>>, <<acuerdo>> o <<compromiso>> libremente asumido por <<una partes>> con <<otra parte>> distinta. En consecuencia, las obligaciones que surgen en materia cambiaria son obligaciones en <<materia delictual o cuasi delictual>>, obligaciones extracontractuales. El artículo 5.3 Reglamento 44/2001 es, por tanto, aplicable (...)”²⁰⁶

Que una materia sea calificada como contractual no impide que al analizar el caso en concreto, en definitiva la Ley aplicable se adopte una solución opuesta²⁰⁷. Un litigio podrá incluirse dentro de la regulación del artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012 por ser materia contractual y sin embargo a la hora de juzgar el caso el tribunal lo califica

²⁰⁴ *Ibidem*

²⁰⁵ *Ibidem*

²⁰⁶ *Ibidem*. De igual forma RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana, “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p.76. Por materia contractual deberá entenderse “las relaciones voluntarias entre las partes”.

²⁰⁷ *Ibidem*, también Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., p. 174; ID., CASTELLANOS RUIZ Esperanza, “Competencia judicial internacional...”, op. cit., p. 116; KOHLER CH., “Las Competencias especiales del artículo 5: generalidades y competencias en materia contractual”, *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 59.

como “no contractual” en relación a la Ley aplicable. En todo caso, lo anterior no es posible de conformidad con la normativa comunitaria, puesto que cuando se trata de aplicar Reglamentos comunitarios: el Reglamento 1215/2012 para determinar la competencia judicial internacional y el Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable a las obligaciones contractuales deben aplicarse de forma coherente, con la realidad de la comunitarización del Derecho internacional privado, deberá existir una uniformidad en la aplicación aun caso concreto de los instrumentos internacionales sobre competencia y sobre Ley aplicable. Así se desprende expresamente en los Considerandos 7 y 17 del Reglamento Roma I²⁰⁸.

Una vez explicada la materia contractual debemos analizar las acciones comprendidas en dicho artículo, en estos casos debemos diferenciar dos supuestos²⁰⁹:

En primer lugar, puede suceder que el demandante (cedente, cesionario o deudor) alegue ante el tribunal el incumplimiento por el demandado de las obligaciones contractuales correspondientes y el demandado comparezca ante el tribunal sin impugnar su competencia alegando que el contrato era nulo o inexistente. Es decir, el demandado comparece y se defiende alegando la nulidad o inexistencia del contrato, y por lo tanto no alega la incompetencia del tribunal para conocer del caso. Si finalmente se demostrara la nulidad del contrato el tribunal no sería competente por el foro del artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012 y sí podría serlo sobre la base del artículo 26 del citado texto internacional, en definitiva tendría cabida una sumisión tácita de las partes a dichos tribunales. En todo caso, el artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012 sería aplicable al supuesto concreto si nos encontráramos ante un contrato con objeto contractual, posteriormente será la Ley aplicable al fondo del asunto la que determine si el contrato de cesión de créditos es nulo o no²¹⁰.

Otra situación que se puede plantear ante los tribunales es la siguiente: el demandado comparece ante el tribunal y alega la incompetencia del tribunal para

²⁰⁸ *Ibidem*. Lo anterior debe respetarse siempre sobre la base de la existencia del principio de coherencia en la aplicación de los instrumentos internacionales.

²⁰⁹ Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 553-554; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 485-486; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., pp. 175-179; ID., “Competencia judicial internacional...”, op. cit., pp. 117-118.

²¹⁰ *Ibidem*

conocer del fondo del asunto derivado de la nulidad o inexistencia del contrato de cesión de créditos. De la jurisprudencia del TJCE se desprende que en este caso no tendría cabida el foro del artículo 26 del Reglamento 1215/2012 (sumisión tácita)²¹¹, sin embargo el tribunal podría ser competente sobre la base del artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012, “de lo contrario las disposiciones del artículo 5 se expondrían a verse privadas de su alcance jurídico, puesto que se admitiría que, con que una de las partes alegase la inexistencia del contrato, fracasase la regla contenida en estas disposiciones”, siempre y cuando el contrato no fuera nulo o inexistente. Es decir, el tribunal tendrá que determinar (a través de la aplicación de la Ley del contrato) si el contrato existe y por lo tanto es válido, en ese caso las obligaciones serán válidas y por lo tanto se podrá juzgar el incumplimiento de las mismas²¹².

c) La obligación que sirve de base a la demanda y su lugar de ejecución

Pero en la práctica internacional ¿Cuál es la obligación que sirve de base a la demanda?; en cierta medida podemos afirmar que todo dependerá del tipo de contrato ante el que nos encontremos, el artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012 se limita a indicar que serán competentes los tribunales del lugar de ejecución de la obligación litigiosa que sirve de base a la demanda. Luego nos encontramos de nuevo ante una laguna que tampoco ha sido resuelta por el nuevo instrumento comunitario, otra vez tendremos que acudir a la vía jurisprudencial. Podemos observar en el TJCE una evolución en esta materia; en un primer momento El TJCE en la STJCE de 6 de octubre de 1976, *De Bloos* estableció que la “prestación característica no puede fundar la competencia judicial en materia de contratos” lo cual supuso un “retroceso” en relación con el actual artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012 antiguo artículo 5.1 del Reglamento 44/2001; puesto que la nueva redacción del artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012 antiguo artículo 5.1 del Reglamento 44/2001 establece en unos supuestos

²¹¹ Con gran agilidad ha resuelto el TJCE la problemática anterior en la STJCE de 4 de marzo de 1982 *Effer*, as. C-38/81 referida al artículo 5.1 del Convenio de Bruselas.

²¹² *Ibidem*, Siempre en relación con el Reglamento 44/2001; de igual forma Vid. KAYE P., *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Professional Books, Abingdon, Oxon, 1987, pp. 79-82; GOTHOT P., HOLLEAUX D., *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)*, la Ley, 1986; pp. 32-47; ALEXANDRE, D., HUET, A.; “Règlement Bruxelles I...”, op.cit., pp. 1-75; ID., “Comentario a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 29 de enero de 1981”, *RCDIP*, núm. 71, 1982, p. 397 y ss. La Ley que se aplicará al contrato en el caso de que estuvieran conociendo del litigio los tribunales españoles y estuviéramos ante una compraventa de mercaderías, sería la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y en su defecto el Reglamento Roma I.

concretos (compraventa de mercaderías y prestaciones de servicios) que la obligación que sirve de base a la demanda es la entrega de la mercancía o la prestación del servicio²¹³. El TJCE a la hora de determinar cuál era la obligación litigiosa que servía de base a la demanda utilizaba “el método analítico-distributivo”, se decía que era “la obligación del concedente que corresponde al derecho contractual invocado para justificar la pretensión del cesionario²¹⁴”.

En definitiva el tribunal aplicaba el método analítico distributivo (objeto de estudio en posteriores páginas) a través del cual llegaba a la conclusión de que cada obligación litigiosa podría ser conocida por un tribunal diferente y por lo tanto cada obligación debía tratarse por separado. La citada sentencia distinguió entre las obligaciones originarias nacidas del propio contrato de las indemnizaciones²¹⁵. Lo importante será determinar si la indemnización puede ser considerada como una obligación autónoma de la principal o no, un sector doctrinal entiende que la solución vendrá impuesta por lo establecido por la Ley aplicable al contrato (así se desprende de la lectura de la citada Sentencia) y otros autores por el contrario defenderán lo establecido en el Reglamento 44/2001 actual Reglamento 1215/2012²¹⁶.

Sin embargo, con el paso del tiempo el propio TJCE se da cuenta de que el método analítico distributivo no podrá ser aplicable a los siguientes supuestos²¹⁷: Cuando existan varios lugares de cumplimiento de la obligación litigiosa, así se desprende de la lectura de la STJCE de de 19 de febrero de 2002, *Besix*²¹⁸; de igual modo tampoco será

²¹³ *Ibidem*, Vid. STJCE de 6 de octubre de 1976, *De Bloos* (as. C-14/76)

²¹⁴ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., p. 181; ID., “Competencia judicial internacional...”, op. cit., p. 119.

²¹⁵ *Ibidem*, la sentencia *De Bloos* era un supuesto referente a un contrato de distribución, el tribunal entendió que las obligaciones contractuales y las sanciones derivadas del incumplimiento del contrato no podían separarse puesto que las segundas dependen de las primeras. “De este modo la obligación de indemnizar no se considera una obligación autónoma sino que es una obligación que sustituye a la obligación contractual incumplida. (...) En relación a las demandas de rescisión y en pago de indemnizaciones que, en la medida en que sólo iban dirigidas a sancionar la violación del contrato, dependían de los tribunales competentes para conocer de la obligaciones originarias incumplidas”. Para un estudio en mayor profundidad en relación a los contratos de distribución Vid. CEBRIÁN SALVAT, María Asunción, “Competencia judicial internacional...”, op. cit., pp. 125-138.

²¹⁶ *Ibidem*, GOTHOT P., HOLLEAUX D., *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968...*, op. cit., pp. 38-39.

²¹⁷ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., pp. 182-183; ID., “Competencia judicial internacional...”, op. cit., pp. 120-121.

²¹⁸ (as. C-2001/1695) En la citada sentencia se establece que: “(...) constituye jurisprudencia reiterada que es indispensable evitar, en la medida de lo posible, una multiplicidad de los tribunales competentes en relación a un mismo contrato, con el fin de prevenir el riesgo de que se adopten soluciones contradictorias”. “En el supuesto de que la obligación contractual pertinente haya sido o debiere ser

aplicable a los contratos de trabajo, en este caso serán competentes los tribunales del lugar de ejecución de la prestación característica²¹⁹.

Luego en ocasiones seguimos sin saber cuál es el lugar de ejecución de la obligación litigiosa. No existirán problemas para determinarlo cuando las partes lo hayan previsto de forma expresa en el contrato (es lo que suele suceder en la entrega de mercancías o en la prestación de servicios), sin embargo en numerosas ocasiones las partes no son tan previsoras. Para solucionar la laguna de nuevo tendremos que recurrir de nuevo a la Ley aplicable al contrato (Reglamento Roma I) y así determinar qué tribunales son los competentes de conformidad con el Reglamento comunitario²²⁰.

Como hemos mencionado anteriormente, menores problemas se plantean en los contratos de entrega de mercaderías o de prestación de servicios, puesto que, lo más lógico es que las partes en el mismo momento de realizar el contrato (ya sea de forma oral o escrita) fijen cuál será el lugar de entrega de la mercancía, de la prestación del servicio o incluso el lugar donde deba realizarse el pago. La jurisprudencia del TJCE entiende que para que esos “pactos” o “cláusulas” puedan considerarse como un pacto de sumisión tácita a favor de tribunales del territorio 44, deberán ajustarse a los requisitos establecidos por la Ley aplicable al contrato sobre la base de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado del juez que está conociendo y en su caso aplicará el artículo 5.1 del Reglamento 44/2001 para determinar la competencia; es lo que se conoce como el “Método conflictualista”²²¹.

En ocasiones puede darse la paradoja de que la cláusula de sumisión que establece el lugar de ejecución del contrato sea nula y a pesar de ello tenga los mismos efectos que

cumplida en varios lugares distintos” no sería competente “cualquier tribunal en cuya demarcación se encuentre alguno de dichos lugares de cumplimiento”.

²¹⁹ *Ibidem*. Vid. STJCE de 26 de mayo de 1982 *Ivenel*, as. C-133/81 y STJCE de 13 de julio de 1993 *Mulox IBC Ltd*, as. C-125/92 entre otras.

²²⁰ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., pp. 183-192; ID., “Competencia judicial internacional...”, op. cit., pp. 121-126.

²²¹ *Ibidem*, la doctrina más autorizada entiende que este método se basa en la determinación del lugar de ejecución de la prestación de forma libre por las partes. Vid. GOTHOT P., HOLLEAUX D., *La Convención de Bruselas...*, op. cit., pp. 43-44. De vital importancia STJCE de 17 de enero de 1980 *Zelger* as. C-56/79.

si fuera válida, ya que el artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012 hace competentes a los tribunales del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda²²².

De otro lado, pueden plantearse otros problemas, estamos haciendo referencia a los supuestos en los que en el propio contrato existen ciertas obligaciones cuyo cumplimiento no puede realizarse en un lugar concreto, son los supuestos de “ausencia de vicios en la cosa vendida” y “conformidad de las mercancías”, en estos casos se podrían adoptar varias soluciones: no aplicar el artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012 ya que no existe un lugar de cumplimiento efectivo o aplicar la Ley que rige dicho contrato para ayudarnos a determinar el lugar de cumplimiento de la obligación y en última instancia determinar los tribunales competentes. Sin embargo, como establece la doctrina más autorizada no es una solución correcta “(...) pues si las partes quieren desviar la competencia judicial internacional a un tribunal que no sería competente por los foros del Reglamento 44/2001, deben realizar una cláusula de elección de foro, tal y como establece el artículo 23 del Reglamento²²³”.

Cuando las partes no hayan establecido un lugar de ejecución del contrato, en relación con nuestro tema de estudio; la transmisión de los créditos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entiende que la Ley que regula el contrato (de cesión de créditos) será la encargada de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa. La Ley del contrato será determinada en aplicación de las normas de Derecho

²²² Importante en este ámbito en la STJCE de 20 de febrero de 1997 *MSG*, as. C-106/95, ya mencionada anteriormente, en dicha sentencia se establecía que a pesar de que existiera un pacto de sumisión expresa que otorgara competencia a los tribunales de un Estado miembro, si por cualquier motivo (bien por que se hiciera de forma oral sin confirmación escrita o porque no se ajustara a los usos conocidos y respetados por las partes en ese sector) dicho pacto no fuera válido, los tribunales de ese Estado podrían conocer pero sobre la base de otro foro: el artículo 5.1 del Reglamento 44/2001. Luego de la lectura de la Sentencia podemos extraer las siguientes conclusiones: “lo importante es el lugar de cumplimiento efectivo de las obligaciones” en definitiva, será “el lugar donde debe cumplirse o ejecutarse la obligación que sirve de base a la demanda. Si por el contrario, las partes realizan un pacto de sumisión expresa otorgando competencia a los tribunales de un Estado miembro con el que el supuesto no presenta ningún otro vínculo, podrá ser válido pero siempre deberá respetar los requisitos que exige el artículo 23 del Reglamento 44/2001.

²²³ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., pp. 186-187; ID., “Competencia judicial internacional...”, op. cit. pp.122-123. Como menciona esta autora en la STJCE de 6 de octubre de 1976 *De Bloos* (as. C-14/76) el Tribunal llega a otra solución en un supuesto de entrega de las mercancías con calidad inferior a la pactada en el contrato. En este caso la obligación presuntamente incumplida no será la entrega de las mercancías, (puesto que estas se entregaron) y por lo tanto no debemos fijarnos en el lugar de cumplimiento de dicha obligación, sino que, la obligación que sirve de base a la demanda será el incumplimiento por parte del vendedor puesto que entregó las mercancías con una calidad inferior a la pactada o con vicios. En ese caso ya no hará falta acudir a la *lex contractus*.

Internacional Privado del país cuyos tribunales están conociendo del asunto. En el caso español, nuestros tribunales aplicarán el Reglamento Roma I o la Convención de Viena siempre y cuando se cumplan todos los ámbitos de aplicación de los artículos 1 a 6²²⁴.

Si el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa se encuentra dentro del territorio 44 los tribunales del concreto Estado se podrán declarar competentes sobre la base de la aplicación del artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012. De nuevo el TJCE sienta doctrina al establecer que el tribunal que está conociendo del asunto “(...) debe determinar, según sus propias normas de conflicto cuál es la Ley aplicable a la relación jurídica de que se trate definir, conforme a dicha Ley, el lugar de cumplimiento de la obligación contractual controvertida”. De todo lo anterior se deriva un hecho avanzado anteriormente, el foro contenido en el artículo 7.1 es un foro de competencia judicial internacional y un foro de competencia territorial pues designa el concreto tribunal territorialmente competente²²⁵.

En el supuesto en el que nos encontremos ante varias obligaciones el tribunal entiende que cada una de ellas tendrá su propio lugar de cumplimiento, y si existiera una obligación principal y otras accesorias el juez competente de la cuestión principal conocerá de las accesorias²²⁶. Luego lo importante será determinar el lugar de

²²⁴ Estamos haciendo referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, se adopta en Viena el 11 de abril de 1980. Entró en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 1991. Vid. *BOE* núm. 26 de 30 de enero de 1991 y corrección de errores *BOE* núm. 282 de 22 de noviembre de 1996. Entrada en vigor totalmente el 1 de enero de 1998. Para un mayor estudio de esta materia Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “Compraventa Internacional” en *Curso de Contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003, pp. 147-231.

²²⁵ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., pp. 186-187; ID., “Competencia judicial internacional...”, op.cit., pp.122-123. Del mismo modo RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit. pp. 97-107. A la hora de analizar este artículo debemos tener en cuenta algunos tribunal y un sector doctrinal no están de acuerdo de cara a la aplicación de la Ley del contrato para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa; Vid. GAUDEMONT-TALLON, H., “Compétence et exécution...”, op. cit., pp. 190-192; ÁNGEL, B., “Comentario a la sentencia Group Concorde”, en *RCDIP*, núm. 2, 2000, pp. 253-264; REQUEJO ISIDRO, Marta., “Tessilli y Concorde, de Bloos y Lethertex, o la determinación del lugar de ejecución de la (s) obligación (es) que da (n) base a la demanda: un tribunal de justicia de las Comunidades Europeas *fiel a sí mismo*, veintitrés años después”, *la Ley*, núm. 1, 2000, D-7, pp. 1549-1550. La mayoría de los tribunales europeos y de forma concreta los tribunales franceses no suelen aplicar esta jurisprudencia comunitaria de acudir en primer lugar a la Ley del contrato de cara a determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda o la obligación presuntamente incumplida; Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 102 en concreto Vid nota al pie núm. 199.

²²⁶ *Ibidem*, Vid. STJCE de 15 de enero de 1987, *Shenavai* (as. C-266/85); ALEXANDRE, D., HUET, A., “Règlement Bruxelles I...”, op. cit., p. 28, en concreto Vid. Párrafo 186; GAUDEMONT-TALLON H., “Compétence et execution...”, op. cit., párrafo 186. El TJCE establece una división entre obligaciones contractuales primarias y las secundarias de cara a determinar el lugar de cumplimiento de la obligación

cumplimiento de la obligación litigiosa “con arreglo a la Ley por la que se rige la obligación controvertida según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que está conociendo del litigio²²⁷”. Del análisis de la jurisprudencia se puede extraer la siguiente conclusión: “el lugar de cumplimiento de cada obligación fue elegido como criterio de determinación de la competencia porque, al ser preciso y claro, se integra en el objetivo general del Reglamento 44/2001, que consiste en establecer reglas que proporcionen certeza en lo que se refiere a la distribución de competencias entre los diferentes Tribunales nacionales que pueden conocer de un litigio en materia contractual²²⁸”. Lo anterior no está exento de polémica, puesto que si aplicamos la Ley del tribunal que está conociendo del asunto (*lex fori*) para determinar cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa y por ello el lugar de ejecución, puede suceder que en el caso en concreto la aplicación de la *lex fori* implique que el pacto de sumisión que realicen las partes a favor de un tribunal concreto sea nulo (con independencia de la libertad contractual existente en este ámbito en la mayoría de los países comunitarios); un ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico lo podemos encontrar en el artículo 1171 del Código Civil, que establece para los supuestos en los que el cumplimiento de la obligación litigiosa se realice con el pago este se entenderá realizado en el domicilio del deudor, siempre claro está que las partes no previeran otra cosa en el contrato²²⁹.

El recurso a la *lex fori* para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa ha sido objeto de críticas por el TJCE²³⁰, puesto que el tribunal que está conociendo del asunto para saber si es competente del conocimiento del asunto (sobre la base del lugar de ejecución de la prestación) tendrá que aplicar el Reglamento Roma I, y ahí es donde nos encontramos los problemas, pues el Reglamento Roma I “sólo unifica normas de conflicto”, por ende, el derecho aplicable en cada caso dependerá del

litigiosa, entiende que las obligaciones primarias son aquellas que derivan o se desprenden directamente del contrato y por el contrario la secundarias o “sustitutivas son las previstas en la ley y derivan de otras obligaciones primarias”: RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 107. Del mismo modo Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “Capítulo VI: Contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.), “Los contratos de distribución”, *La Ley monografía*, núm. 3, RCD, 2012, pp. 223-240.

²²⁷ Vid. STJCE de 28 de septiembre de 1999 *Concorde*, as. C-440/97. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., pp. 186-187; ID., “Competencia judicial internacional...”, op. cit., pp.122-123.

²²⁸ *Ibidem*, p. 190 y pp. 124-125 respectivamente.

²²⁹ *Ibidem*

²³⁰ Vid. STJCE de 6 de octubre de 1976 *Tessili*, as. C-12/76.

concreto tribunal que conozca del litigio, se fomentaría así el temido *Bad forum Shopping*. En todo caso cuando el derecho material aplicable fuera la Convención de Viena de sobre compraventa internacional de mercaderías, la solución anterior (aplicar la *lex fori*) no sería una posición incorrecta puesto que la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea son Estados parte de la citada Convención²³¹.

Para concluir este apartado debemos tomar en consideración la siguiente afirmación: Si las partes no han pactado en el contrato nada acerca del lugar de cumplimiento de la obligación principal que sirve de base a la demanda (en nuestro caso la entrega de los créditos) y siempre que nos encontremos ante un contrato cuyo objeto no sea una prestación de servicios o una compraventa internacional de mercaderías (como sucede con la cesión de créditos); el tribunal aplicará la *lex contractus* para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida y fijará el lugar en consideración con todos los vínculos del supuesto, nunca podrá adoptar una decisión “arbitraria” y siempre deberá ser una decisión a favor de los intereses de las partes. Todo lo anterior se hubiera solucionado si el TJCE hubiera adoptado una solución válida y común a todos los Estados miembros como por ejemplo “el domicilio del vendedor²³²” en relación con nuestro contrato podría ser el domicilio del cedente...

d) Los foros de compraventa de mercaderías y prestación de servicios

En este apartado realizaremos una breve exposición de lo que se entiende por compraventa de mercaderías y prestación de servicios, ya que en relación a nuestro objeto de estudio la cesión de créditos internacionales no tiene mayor relevancia puesto que en el contrato de cesión de créditos no se transmite un bien sino que se transmite la titularidad sobre un derecho de crédito y por ello tampoco será una prestación de servicios²³³.

²³¹ *Ibidem*, a excepción de Chipe, Malta, Irlanda, Portugal y Reino Unido. Para un estudio en profundidad de la materia Vid. FERRARI, F., “Forum Shopping, despite International Uniform Law Conventions”, núm. 51, *ICLQ*, 2002, pp. 689-703.

²³² Con gran maestría: CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., pp.191-192; ID., “Competencia judicial internacional...”, op. cit., pp.125-126. Del mismo modo Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., pp. 84-96.

²³³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 728.

En relación a estos dos conceptos, no hará falta aplicar previamente el Reglamento Roma I puesto que el propio Reglamento 1215/2012 establece en su artículo 7.1 apartado b) lo siguiente: “ Una persona domiciliada en un Estado miembro podrán ser demandada en otro Estado miembro: 1) b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: -cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías- cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato hayan sido o deban ser prestados los servicios”. En definitiva serán competentes los tribunales del lugar donde deban ser entregadas las mercancías o donde deban prestarse los servicios, salvo que las partes hubieran pactado otra cosa en el contrato. Se simplifican dichos contratos al entender que el comercio internacional son los contratos más realizados por las partes. Como afirma la doctrina más capacitada en la materia; “esta solución supone una adelanto en relación al desarrollo de la exportación, pues se beneficia al contratante que más expone a nivel internacional, el vendedor y el prestador de los servicios, aunque sólo sea en los casos previstos por el artículo 5.1 b) del Reglamento 44/2001...”²³⁴”

Sin embargo, al seguir analizando el Reglamento 1215/2012 nos encontramos de nuevo con una laguna ya existente en el Reglamento 44/2001: no define lo que debe entenderse por “lugar de entrega de las mercaderías o prestación de servicios”. Se entiende que todos ellos son conceptos propios del Reglamento 1215/2012²³⁵. En primer lugar analizaremos lo que el Reglamento 1215/2012 entiende por “lugar de entrega de la mercancía”:

Lo más lógico es que las partes en el propio contrato pacten el lugar de entrega de la mercancía, es el propio tribunal que conoce del caso el que debe “examinar antes de nada si el lugar de entrega se desprende de las cláusulas del contrato”²³⁶”. De la lectura

²³⁴ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., p.195; ID., “Competencia judicial internacional...”, op. cit., p. 127.

²³⁵ *Ibidem*, de igual forma CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 556; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 488-489.

²³⁶ Vid. STJCE de 25 de febrero de 2010 *Car Trim GMBH*, as. C-381/08. En concreto el Fundamento de Derecho 55 donde el tribunal establece que el lugar de ejecución de la obligación tiene que constar de forma expresa en el contrato.

del contrato se debe deducir una “voluntad de las partes” a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación²³⁷.

Por el contrario, cuando las partes en el contrato no han pactado el lugar de entrega, de la jurisprudencia del TJCE²³⁸ se desprende que “al tener carácter autónomo la regla de competencia prevista en el artículo 5.1 b) del Reglamento 44/2001” no será necesario acudir a la Ley del contrato a la hora de determinar cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida, sino que se tendrán que observar “algún otro criterio que se atenga a la génesis, los objetivos y el sistema del Reglamento 44/2001”, sin embargo la opción anterior no convence puesto que el tribunal está recurriendo a la estructura del contrato y no estaba recogido previamente en el artículo 7.1 b) del Reglamento 1215/2012. El TJCE da un paso más al indicar que se entenderá por lugar de entrega de la mercancía en defecto de un lugar previamente fijado por las partes en el contrato “el lugar en el que las mercaderías hubieren sido o debieren ser entregadas materialmente al comprador en su destino final”, y por eso no será el lugar de ejecución “el lugar de entrega de la mercancía al primer transportista para su transmisión al comprador²³⁹”. Sin embargo, esta interpretación no resulta acorde con la realidad ya que no puede aplicarse al artículo 7.1 b) del 1215/2012 pues dicho artículo sólo podría aplicarse a los supuestos en los que las partes expresamente pactan en el contrato el lugar de entrega de las mercancías y en segundo lugar porque dicha interpretación en el caso en concreto implica la existencia de dos lugares de ejecución de la obligación de entrega de las mercancías, el lugar de entrega de la mercancía al comprador y otro el lugar establecido por la Ley aplicable al contrato. Luego se perjudica enormemente la seguridad jurídica de los operadores comerciales²⁴⁰.

Tras analizar el concepto “lugar de entrega de la mercancía” debemos definir lo que el Reglamento 1215/2012 entiende por “contrato de compraventa de mercadería²⁴¹”:

²³⁷ *Ibidem*

²³⁸ STJCE de 25 de febrero de 2010 *Car Trim GMBH*, as. C-381/08. Vid Fundamento de derecho 57.

²³⁹ Vid la STJCE anteriormente citada, en concreto los Fundamentos de Derecho 58 a 60.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 557-559; y pp.488-493 respectivamente. De igual forma Vid CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., pp.202-206; ID., “Competencia judicial internacional...”,op. cit., p. 127-131.

Ni el Reglamento 44/2001 ni el Reglamento 1215/2012 definen lo que debe entenderse por compraventa de “mercaderías”, sin embargo siempre tendremos que recurrir a una noción autónoma del propio Reglamento Comunitario y nunca acudir a lo que establezcan en dicho sentido los ordenamientos de los Estados miembros. El concepto de “mercaderías” incluye tanto bienes corporales como los incorporeales, en este último supuesto es necesario que dichos bienes fueran adquiridos en “soporte material”. Como ya hemos adelantado en las páginas precedentes, en lo que respecta a nuestro objeto de estudio (la cesión de créditos) no podríamos incluirlo dentro del concepto de mercadería pues el concepto “compraventa de mercaderías” está referido al “intercambio de bienes por dinero con la finalidad de transmitir la propiedad del bien”²⁴².

Debemos finalizar este apartado con el análisis de lo que el Reglamento entiende por “contrato de prestación de servicios” para entender que el contrato de cesión de créditos no tendría cabida dentro de este supuesto. En relación con la prestación del servicio lo más lógico es entender que la obligación que sirve de base a la demanda será la prestación del servicio. Luego será competente el Tribunal del Estado miembro en el que deban prestarse los servicios, artículo 7.1 apartado b) segundo guión. De nuevo nos encontramos ante un concepto propio del Reglamento 1215/2012 y deberá ser interpretado en un sentido amplio²⁴³. Comprende los contratos que “generan tanto

²⁴² CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., pp. 199-202. La citada autora entiende que el concepto de compraventa de mercaderías debe ser extraído del artículo 3 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. La profesora RODRÍGUEZ RODRIGO afirmar algo que ya hemos adelantado en anteriores páginas: “ Para esta autora, la utilización del concepto de compraventa de mercaderías de la Convención de Viena de 1980 tiene un aspecto positivo, que es que la mayoría de los países parte del R44 lo son también de la Convención, pero, sin embargo, tiene el inconveniente de instaurar un tratamiento diferenciado cuando se trata de determinar la competencia judicial internacional, caso en el que no se podría aplicar el art. 5.1.b) cuando las dos partes contratantes no tengan sus establecimientos en distintos Estados parte, tal como exige la Convención de Viena para ser aplicable, y, por otro lado, cuando se trata de determinar el Derecho aplicable, para lo que no sería necesario ese requisito”: Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 85 en concreto nota al pie núm. 149.

Existen mayores problemas cuando existen diferentes lugares de entrega de mercancías, no será objeto de estudio puesto que como hemos explicado anteriormente el contrato de cesión de créditos y por lo tanto los créditos no son considerados una mercancía.

²⁴³ Vid CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, pp.206-215, de igual forma CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 560-562; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp.493-497; VIRGÓS SORIANO M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J., *Derecho Procesal civil internacional, Litigación Internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 153 y ss. Del mismo modo RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit, p. 87; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “Capítulo VI: Contratos de distribución...”, op. cit., p. 230; BERLIOZ, P. “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *JDI Clunet*, núm. 3,

obligaciones de medios como de resultado”. Comprende también “los contratos que generan obligaciones de hacer como de no hacer y los contratos que comportan la obligación de poner a disposición una cosa como el préstamo²⁴⁴”. Se incluyen de igual forma: “contratos de agencia, de suministro, préstamo, contrato de prestaciones sanitarias, contrato de enseñanza, contrato de prestaciones sanitarias, contrato de suministro de materiales, *leasing*, arrendamiento de bienes muebles siempre y cuando éste comporte obligaciones activas para el arrendador, contrato de transporte...²⁴⁵”. Tras el análisis de la definición podemos avanzar (será objeto de mayor análisis en el Reglamento Roma I) que la cesión de créditos no estará dentro del concepto de prestación de servicios puesto que el principal objetivo de dicho contrato no es la función económica sino que la obligación principal será la transmisión de la titularidad del derecho del crédito²⁴⁶. Quedarán excluidos del concepto de prestación de servicios los siguientes contratos: “los contratos de prestación de servicios que puedan calificarse como contratos de seguro, contratos celebrados por consumidores y contratos de trabajo, los contratos de compraventa y los contratos de cesión de derechos (aquí podríamos incluir la cesión de créditos como ya avanzábamos anteriormente), pues constituyen contratos cuya finalidad principal es la transferencia de la propiedad o de las facultades dominicales sobre cosas o derechos: licencias y compraventas de patentes, marcas, *Know-how* y otros derechos²⁴⁷. Luego lo importante es determinar la función económica del contrato, en los supuestos en los que nos encontremos ante contratos complejos que impliquen una prestación de servicios de un lado y por otra parte la transmisión de la propiedad de las cosas, como sucede con el contrato de restauración, deberá atenderse a la “finalidad económica”, si la finalidad económica comportara la prestación del servicio en ese caso el contrato será calificado como tal, por el contrario

2008, pp. 675-717. Lo más lógico es entender que el concepto de servicios “implica como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración”; así se desprende de la lectura de la STJCE de 23 de abril de 2009, *Falco* as. C-533/07, en concreto Vid. P. I-03327 apartado 29.

²⁴⁴ *Ibidem*

²⁴⁵ *Ibidem*

²⁴⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 728. Mayores problemas nos encontraremos para excluir del concepto de prestaciones de servicio a las operaciones de Factoring, será objeto de estudio en posteriores páginas: de igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., p. 207.

²⁴⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 561; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp.493-496

si la prestación económica es la entrega del bien el contrato no será una prestación de servicios²⁴⁸.

e) Otros contratos

Las “soluciones directas” del artículo 7.1 b) del Reglamento 1215/2012 no operan en los casos de “compraventa de mercaderías” o “prestaciones de servicios” en las siguientes situaciones²⁴⁹:

En primer lugar debemos analizar el supuesto en el que las partes han establecido un pacto en contrario, es decir, cuando estamos ante una prestación de servicios o una compraventa de mercaderías y las partes en el contrato establecen expresamente que no será competente el tribunal del lugar de entrega de las mercancías o de prestación de los servicios²⁵⁰.

En segundo lugar, puede suceder que nos encontremos en la práctica internacional con contratos que no son ni compraventas de mercaderías ni contratos de prestación de servicios. Estamos haciendo referencia a contratos de *Joint Venture*, permuta, venta de bienes inmuebles, contrato de venta de acciones, contrato de venta de derechos relacionados con la propiedad industrial e intelectual y como no en este supuesto tendría cabida nuestra materia de estudio: la cesión de créditos²⁵¹.

En tercer lugar debemos mencionar los contratos cuyo objeto son una compraventa de mercaderías o una prestación de servicios y sin embargo, las partes en el contrato han pactado como lugar de cumplimiento un Estado no miembro del Reglamento

²⁴⁸ *Ibidem*

²⁴⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 562-565; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 497-501.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 562 y p. 497 respectivamente en relación con el Reglamento 44/2001. Estos autores se hacen eco de una solución adoptada por un sector doctrinal (GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J., *Derecho internacional...*, op. cit., pp. 158 y ss)

de cara a la definición del término “salvo pacto en contrario”, entienden que las “soluciones directas” del artículo 5.1 b) en relación a la compraventa internacional de mercaderías y a la prestación de servicios no pueden aplicarse en los supuestos en los que las partes hayan previsto en el contrato un lugar de pago. En este caso se entenderá que cada obligación tiene un lugar de cumplimiento según la *Lex Contractus*, sin embargo dicha solución vuelve a plantear problemas puesto que se multiplicarán los lugares de cumplimiento de la obligación litigiosa y en todo caso, siempre habrá que aplicar la Ley que rige el contrato de cara a averiguar el tribunal competente.

²⁵¹ *Ibidem*

1215/2012, en este caso tampoco podrán aplicarse las soluciones directas del artículo 7.1 b)²⁵².

En cuarto lugar tampoco serán aplicables las soluciones del artículo 7.1 b) en el supuesto en el que las partes no hayan precisado de forma expresa en el contrato el lugar de entrega de las mercancías o la prestación de los servicios²⁵³.

Si nos encontramos ante en el caso concreto ante uno de los supuestos anteriores la solución del concreto tribunal competente vendrá impuesta por el “método analítico-distributivo” (ya analizado anteriormente), método elaborado por el TJCE basado en las siguientes premisas²⁵⁴:

En primer lugar, será competente el “tribunal del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación litigiosa que sirva de base a la demanda²⁵⁵”, es decir, deberán ser competentes los tribunales del lugar de la obligación presuntamente incumplida. Para averiguar el lugar de cumplimiento de dicha obligación deberá aplicarse la Ley que regula el contrato, y será determinada de conformidad con la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado del país cuyos tribunales conocen del asunto. Dichas normas pueden ser “normas de conflicto” que expresamente indiquen una concreta Ley estatal competente y será esa Ley la que determine el lugar de cumplimiento de la obligación “presuntamente incumplida”. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en STJCE de 23 de abril de 2009, *Falco*²⁵⁶.

En relación a nuestra materia objeto de estudio la cesión de créditos, el resultado de la aplicación del método analítico-distributivo sería el siguiente: Como ya hemos avanzado en el anterior capítulo y como adelanto de las páginas posteriores podemos afirmar que la cesión de créditos es un contrato en virtud de la cual una parte (cedente) se compromete a transmitir un derecho de crédito que tiene en relación a una tercera

²⁵² *Ibidem*

²⁵³ Dicha no será desarrollada por quedar fuera de nuestro objeto de estudio.

²⁵⁴ *Ibidem*, de igual forma Vid. SALERNO F., “L’incidenza del diritto applicabile nell’accertamento del *forum destinatae solutionis*”, *RDIPP*, 1995, pp. 76-121; ID., “La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita”, *RDIPP*, 2010, pp. 381-394.

²⁵⁵ Artículo 7.1 Reglamento 1215/2012.

²⁵⁶ *Ibidem*. Vid. (as. C- 533/07) En dicha Sentencia el Tribunal entiende que lo que se incumple es el pago y al aplicarse la Ley austriaca y de conformidad con la aplicación de sus normas de conflicto se entendía que debía realizarse en Austria y por lo tanto serán competentes los jueces austriacos.

persona o deudor a otro sujeto llamado cesionario. En estos casos el cambio de acreedor se produce mediante un contrato; no nos encontramos ni ante una compraventa de mercaderías ni ante una prestación de servicios pues la finalidad del contrato estriba en la transmisión de la titularidad de un derecho de crédito, luego no existe un objetivo económico. Es decir, para individualizar el concreto tribunal competente que conozca del supuesto de cesión de créditos tendremos que aplicar la Ley que regule el propio contrato de cesión, podemos avanzar que en este caso deberá aplicarse el artículo 4.2 del Reglamento Roma I el cual establece que serán competentes los tribunales de la residencia habitual del prestador característico y en base a lo cual, serán competentes los tribunales de la residencia habitual del cedente por ser la parte de la relación jurídica que realiza la “prestación principal o más compleja”²⁵⁷.

Una vez más debemos tener en cuenta que cada obligación tendrá su propio lugar de cumplimiento y por lo tanto en el supuesto en concreto puede suceder que sean competentes diferentes tribunales de diferentes Estados. En todo caso, si existiera una “prestación u obligación principal” serán competentes los tribunales del lugar de ejecución o cumplimiento de la obligación principal, y estos también serán competentes para conocer del resto de obligaciones o prestaciones aunque sean secundarias²⁵⁸. Si no existiera una obligación principal y sí varios lugares de cumplimiento de las correspondientes obligaciones podrán ser competentes tribunales de diferentes Estados, en estos casos el artículo 7.1 no podría aplicarse ya que de lo contrario se favorecería la inseguridad jurídica, en la mayoría de los supuestos conocería del contrato de cesión de créditos un tribunal “poco previsible para las partes” e incluso podría conllevar la

²⁵⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 728-729. En desacuerdo con lo anterior en materia de *contrato de factoring* Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO Juliana., “El *factoring* internacional y su calificación”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, p. 606 (objeto de estudio en el capítulo referente al contrato de factoring). Sin embargo debemos adelantar al capítulo final que no en todas operaciones el cedente será el sujeto que realice las prestaciones más complejas y por lo tanto sea el prestador característico; sobre todo cuando la operación de cesión supone una cesión global de créditos cuyo cobro se encarga a una empresa especializada, empresa de *Factoring* o *Factor*. En definitiva que los tribunales competentes para conocer del asunto sean los de domicilio de la empresa de *Factoring* o residencia habitual del *Factor*, dependerá de las funciones asumidas por esta parte.

²⁵⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 564-565; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 499-501. De vital trascendencia en esta materia es la STJCE de 15 de enero de 1987 *Shenavai* (as. C-266/85)

aplicación de sentencias contradictorias. El citado artículo tampoco podrá aplicarse lógicamente en relación con las obligaciones carentes de lugares de ejecución²⁵⁹.

Debemos finalizar este apartado aclarando los tribunales competentes en el supuesto en el que lo que se infringe es la sanción impuesta por incumplimiento del contrato. Debemos diferenciar dos supuestos: En primer lugar, cuando la sanción ha sido impuesta por incumplir las concretas obligaciones del contrato, el artículo 7.1 del Reglamento 44/2001 indica serán competentes los tribunales del lugar de ejecución de la obligación que se ha incumplido; “así las demandas por daños y perjuicios o de rescisión del contrato van ligadas al lugar de ejecución de la obligación cuya violación se alega”²⁶⁰. De otro lado, cuando la sanción proviene del incumplimiento de un “deber contractual genérico” y por ende no se han vulnerado concretas obligaciones, no podrá aplicarse la regla anterior, pues en estos casos estamos ante los supuestos de “indemnizaciones compensatorias o autónomas”; son indemnizaciones que surgen “*ex lege* para paliar los efectos injustos de la ruptura del contrato”, en estos casos serán competentes los tribunales del lugar de ejecución de la indemnización²⁶¹.

Concluimos el estudio de este epígrafe haciendo hincapié nuevamente en que el texto final del Reglamento 125/2012 no ha cumplido las expectativas de reforma del Reglamento 44/2001, sólo son destacables los siguientes hechos:

La estructura básica del Reglamento 44/2001 se mantiene aunque podemos mencionar ciertas modificaciones; el Reglamento 1214/2012 constará de ocho capítulos. El Capítulo I introduce como novedad un listado de definiciones muy necesarias las cuáles garantizan la uniformidad, estamos haciendo referencia a los conceptos de: “resolución”, “transacción judicial”, “Estado de origen”, “Estado requerido”, “documento público”.

Como primera novedad importante debemos tener en cuenta que el Reglamento 1215/2012 suprime el sistema de reconocimiento y exequátur de cara a dotar de fuerza ejecutiva a las resoluciones judiciales entre Estados firmantes, además el artículo 2

²⁵⁹ *Ibidem*, Vid. STJCE de 19 de febrero de 2002 *Besix* (as. C-256/00).

²⁶⁰ *Ibidem*

²⁶¹ *Ibidem*

excluye el reconocimiento y ejecución de ciertas medidas provisionales o cautelares, se entiende que sólo podrán ser reconocidas las medidas provisionales o cautelares “adoptadas por un tribunal competente sobre el fondo del asunto”²⁶². No es una novedad que las autoridades comunitarias no estuvieran del todo de acuerdo con el procedimiento de exequátur y en cierta medida el Reglamento 44/2001 supuso el primer paso hacia su supresión, así se deduce de la lectura del artículo 41²⁶³; sin embargo como hemos adelantado el Reglamento 1215/2012 da un paso hacia delante al vincular la eliminación del reconocimiento y en concreto del exequátur con la adopción de ciertos mecanismos de control en el Estado miembro requerido, el problema estriba en que en ocasiones esos requisitos o “mecanismos de control” exigidos por el Estado miembro requerido de cara a la ejecutividad de la resolución en ese concreto Estado en ocasiones son más rigurosos o estrictos que el procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales regulado en el Reglamento 44/2001, en este punto debemos realizarnos la siguiente pregunta ¿podemos hablar con el Reglamento 1215/2012 de una verdadera supresión del procedimiento de exequátur? A nuestro juicio no, podemos afirmar que nos encontramos ante un verdadero procedimiento de ejecutividad puesto que como hemos indicado se exigen en ocasiones unos requisitos muy estrictos para dotar a la sentencia de fuerza ejecutiva, dichos requisitos ni siquiera son exigidos en otros instrumentos o Convenios Internacionales como sucede con el Reglamento 805/2004 de

²⁶² Aunque nuestro capítulo está referido simplemente a la competencia judicial internacional es evidente que dicha cuestión va en cierta medida unida al sistema del reconocimiento, los ciudadanos cuando ven cumplidas sus necesidades a través de la práctica judicial querrán que dicha resolución sea reconocida por el resto de Estados miembros; es lo que se garantiza con el mercado interior, la libre circulación de resoluciones judiciales. También podrá darse el punto de vista contrario, es decir, un sujeto que ha visto sus intereses perjudicados por una resolución judicial no tendrá ningún interés en que dicha resolución judicial sea reconocida y por lo tanto ejecutada en otros Estados miembros. Por eso entendemos necesario explicar de forma sucinta en las conclusiones el sistema de reconocimiento y ejecución de los Reglamentos comunitarios.

Debemos recordar que el artículo 80 del Reglamento 1215/2012 deroga al Reglamento 44/2001 para todos los Estados miembros de la Unión Europea con la excepción de Dinamarca. En relación con este país, el Preámbulo del nuevo Reglamento en concreto el considerando 41 contempla la posibilidad de que Dinamarca pueda aplicar las modificaciones que se introducen con el Reglamento 44/2001 sobre la base del Acuerdo 2005 entre la Comunidad Europea y Dinamarca relativo al Reglamento 44/2001. Vid. DO 299 L de 16 de noviembre de 2005. Vid. DE MGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit., pp. 4-5.

²⁶³ El artículo 41 del Reglamento 44/2001 indica que: “Se otorgará inmediatamente la ejecución de la resolución una vez cumplidas las formalidades previstas en el artículo 53, sin proceder a ningún examen de acuerdo con los artículos 34 y 35. La parte contra la cual se solicitare la ejecución no podrá, en esta fase del procedimiento, formular observaciones”.

21 de abril de 2004 en relación con el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados²⁶⁴.

El artículo 36 del Reglamento 1215/2012 es el encargado de regular el reconocimiento de resoluciones judiciales, el citado artículo indica que “las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno”. Por otro lado el artículo 39 es el encargado de regular el *exequátur*, establece que “las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva”²⁶⁵. Lo realmente novedoso es que el artículo 42 del Reglamento 1215/2012 exige la presentación por parte del solicitante del procedimiento de ejecución de los siguientes documentos: copia de la resolución auténtica, certificado expedido de conformidad con el artículo 42 que acredite que la resolución tiene fuerza ejecutiva, en el caso de ejecución de resoluciones que ordenen una medida cautelar o provisional, además de los requisitos anteriores se necesita acreditar que el órgano que adoptó las medidas cautelares o provisionales era el competente en cuanto al fondo del asunto. En el supuesto en el que la medida se adoptara sin la comparecencia del demandado se necesitará acreditar que al menos se le ha notificado la resolución. En ocasiones se podrá exigir incluso una traducción de la resolución si el tribunal del Estado requerido no pudiese continuar sus diligencias sin ella²⁶⁶. El artículo 43.1 impone un requisito adicional de cara a la ejecución de la resolución, se entiende que antes de realizar cualquier medida relacionada con la ejecución en el Estado miembro requerido se deberá notificar el certificado que se expida de conformidad con el Anexo I a la persona frente a la cual se pide la ejecución,

²⁶⁴ DO 143 L de 30 de abril de 2004 y DO 304 L de 14 noviembre de 2008. Con un planteamiento coincidente con el nuestro Vid. DE MGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit., p.13.

²⁶⁵ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. DE MGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op.cit., p. 14: “El artículo 39 del Reglamento 1215/2012 establece la supresión del *exequátur*, al prever que las resoluciones de un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en el <<gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva>>”; del mismo modo Vid. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ., M^a Ángeles., “Una nueva fórmula para la supresión del *exequátur* en la reforma del reglamento Bruselas I”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzon 2014), Vol. 6, N^o 1, p. 344. En línea <http://www.uc3m.es/cdt> (última visualización Diciembre 2014) la citada autora establece: “La eliminación del *exequátur* queda avalada por el éxito de la aplicación del Reglamento Bruselas I, representa un paso más en la consecución del *Programa de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales* y supondrá un ahorro para empresas y ciudadanos a la hora de hacer valer sus derechos en cualquier Estado miembro”.

²⁶⁶ Todos los anteriores requisitos nos lleva a pensar que todavía nos encontramos ante un procedimiento de *exequátur*.

en todo caso si la resolución no le ha sido notificada también deberá acompañar esta al Anexo I²⁶⁷.

Cualquier parte interesada podrá solicitar la denegación del reconocimiento (art. 45) y la denegación del exequátur (art. 46) en relación con la persona contra la que se ha instado la ejecución. Los motivos de denegación del reconocimiento y del exequátur se encuentran regulados en el artículo 45²⁶⁸. Dichos motivos de denegación se aplican de forma cumulativa a los requisitos previstos en la legislación del Estado miembro requerido siempre y cuando no exista incompatibilidad entre ellos (art. 41.2).

En ocasiones cuando se va a reconocer y por lo tanto ejecutar una sentencia puede suceder que en el Estado requerido la “medida u orden” contenida en la resolución del Estado de origen no sea conocida. El Reglamento 1215/2012 prevé una solución contenida en el artículo 54.1 “la adaptación de la medida”, los tribunales del Estado requerido adoptarán una medida conocida en su ordenamiento que “tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares”, el propio artículo 54 en su apartado primero indica que la adaptación “no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen²⁶⁹”.

Debemos finalizar con el estudio de la figura del exequátur entendiendo que es lógico que existan ciertos mecanismos de control de las sentencias del tribunal del Estado de origen para garantizar los derechos de defensa de la persona contra la que se

²⁶⁷ Del mismo modo Vid. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op.cit., p. 14.

²⁶⁸ Son los mismos requisitos que establece el Reglamento 44/2001: reconocimiento manifiestamente contrario al orden público del estado miembro requerido, cuando la resolución fue dictada en rebeldía si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento, resolución inconciliable con otra dictada anteriormente en el Estado miembro requerido... La única novedad importante en este ámbito es que unifica en un solo artículo los motivos de denegación del reconocimiento y del exequátur que estaban recogidos en los artículos 34 y 35 del Reglamento 44/2001. Llegados a este punto debemos realizarnos de nuevo la siguiente pregunta: ¿Hasta qué punto ha sido suprimido el procedimiento de exequátur?

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 15. De igual forma Vid. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ., M^a Ángeles., “Una nueva fórmula para la supresión del *exequátur*...”, op. cit., pp. 345-346. Compartimos la opinión de esta autora al entender que en este ámbito nos encontramos de nuevo con un problema; “(...) El Reglamento no aclara cómo se procede a tal adaptación, quién debe realizarla y ante qué órgano jurisdiccional puede recurrirse, por lo que, como afirma el *Considerando* 28, cada Estado miembro deberá determinar dichos extremos. Al respecto consideramos que podrá resultar de mucha ayuda la información que los distintos Estados miembros deban proporcionar, dentro del marco de la Red Judicial Europea, sobre sus normas y procedimientos nacionales en materia de ejecución (y que debería ser lo más completa posible)”.

insta la ejecución (o el reconocimiento en su caso)²⁷⁰. Luego frente a la primera posibilidad que barajaron los redactores del Reglamento 1215/2012 de cara a la supresión del exequátur, el resultado final al que se llega es el control por el Estado requerido de los requisitos del artículo 42, además en el supuesto en el que se deniegue el reconocimiento de la sentencia la parte interesada tendrá posibilidad de recurrir (arts. 49 y 50). Podemos concluir que a diferencia de los procedimientos específicos de reconocimiento y exequátur contenidos en el Reglamento 44/2001, en el Reglamento 1215/2012 ya no será necesario un procedimiento específico para obtener la ejecutividad de una sentencia, la parte interesada deberá enviar una “solicitud” o un “formulario” contenido en el Anexo I en virtud de la cual las Autoridades del Estado miembro requerido podrán denegar la ejecución de la sentencia por los mismo motivos que recogía el Reglamento 44/2001²⁷¹.

Por otro lado, en relación con otra exclusión, el artículo 1.2 e) de forma expresa establece que la obligación de alimentos no tendrá cabida dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012²⁷².

La segunda novedad destacable se introduce en relación con el foro de la sumisión expresa ya que en el caso de existir un pacto de sumisión expresa el tribunal designado por las partes podrá declararse competente por este foro con independencia del domicilio del demandado. Luego a partir del 10 de enero de 2015 ya no será necesario

²⁷⁰ Opiniones discrepantes en torno a la supresión del exequátur Vid. SCHACK, H., “La (indebida) abolición de los procedimientos de exequátur en la Unión Europea”, en *AEDIPr*, 2009, pp. 61 y ss; del mismo modo SCHLOSSER, P., “The abolition of exequatur proceedings, including Public Policy Review?”, *IPrax*, 2010, pp. 101 y ss.

²⁷¹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit., p. 16.

²⁷² La única novedad en este aspecto es la exclusión expresa de la obligación de alimentos, sin embargo dicha obligación ya se había excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 (aunque no de forma expresa) gracias al artículo 67 el cual indicaba que: “El presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de resoluciones contenidas en los actos europeos o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos”; por lo tanto desde que el Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 referido a la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos, entró en vigor el 18 de junio de 2011 se aplicará la citada normativa y por lo tanto no hacía falta la mención expresa del Reglamento 1215/2012. Del mismo modo RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 151.

que una de las partes tenga su domicilio en territorio 44 para que se pueda aplicar el pacto de sumisión expresa a favor de un tribunal europeo²⁷³.

A nuestro juicio las novedades introducidas por el Reglamento 1215/2012 han sido escasas y sobre todo han sido cuestiones estructurales o de forma y nunca de fondo. Un ejemplo de lo anterior es que el ámbito de aplicación material no ha sido objeto de transformaciones significativas; otro ejemplo de lo anterior es la falta de modificación del foro especial en razón de la materia regulado en el artículo 5.1 del Reglamento 44/2001, nos encontramos ante un complicado artículo cuya reforma hubiera sido necesaria, sin embargo el legislador comunitario optó por una postura fácil y decidió simplemente cambiar los tiempos verbales, donde antes se utilizaba la expresión “hubiere sido o debiere ser cumplida, bien la obligación que sirviere de base a la demanda, bien la entrega de las mercancías, bien la prestación del servicio”; en el Reglamento 1215/2012 pasa a reformularse: “haya cumplido o deba cumplirse la obligación” (art. 7.1) Luego en este momento nos debemos plantear hasta qué punto el Reglamento 44/2001 ha sido transformado en otro instrumento jurídico puesto que en la mayoría de los supuestos simplemente se ha realizado una reestructuración de los artículos, a partir de ahora simplemente deberemos aprendernos su nueva ubicación²⁷⁴.

2.4 El Reglamento 44 y otros Convenios Internacionales

En el ámbito comunitario perviven numerosos textos internacionales para determinar la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, en todo caso debemos realizar las siguientes precisiones²⁷⁵:

²⁷³ Luego el nuevo Reglamento da prioridad al foro de la sumisión expresa y por lo tanto favorece la autonomía de la voluntad de las partes frente al foro del domicilio del demandado. Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “Contratos internacionales de distribución...”, op. cit., p. 151.

²⁷⁴ *Ibidem*. Del mismo modo DE MGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit., p. 5; compartimos la opinión del citado autor al entender que el nuevo orden o la reestructuración del articulado del Convenio se debe a la introducción de las “definiciones relevantes” de los Capítulos III - IV y de forma más concreta de la definición que se realiza en el artículo 3 de “órganos jurisdiccionales” en relación con “ciertas autoridades” de Suecia y Hungría. La reestructuración del articulado implica un incremento de la complejidad de la normativa de cara a los operadores económicos, “en particular habida cuenta de la relevancia en la interpretación de las reglas de competencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluida la relativa al Convenio de Bruselas con su propia numeración”. Compartimos de nuevo los planteamientos del citado autor ya que, visto el resultado final podemos preguntarnos si la alteración del orden era absolutamente imprescindible.

²⁷⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. I, pp. 175-178. A la hora de realizar una comparación entre el articulado de los diferentes textos sobre competencia judicial internacional (Reglamento 1215/2012, Reglamento 44/2001

De la lectura del artículo 70 del Reglamento 1215/2012 se desprende que siempre tendrá preferencia frente a los Convenios bilaterales firmados por Estados del territorio comunitario (Territorio 44); el artículo 69 supone un paso más al establecer que en el caso en que también coincida el ámbito de aplicación material, el Reglamento 1215/2012 sustituirá a tales Convenios²⁷⁶.

En segundo lugar, en la práctica contractual internacional nos encontramos con que existen junto con el Reglamento 1215/2012 Convenios multilaterales internacionales sobre materias concretas pero que también regulan el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el ámbito comunitario; dichos Convenios tendrán preferencia sobre el Reglamento 1215/2012 siempre y cuando sean anteriores al reglamento; sin embargo cuando tales Convenios sean posteriores al Reglamento 1215/2012 este tendrá prevalencia²⁷⁷.

Como ya hemos avanzado en la nota al pie número 3, el Reglamento 44/2001 actual Reglamento 1215/2012 reemplaza al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, así queda confirmado con el artículo 68 apartado primero del Reglamento 1215/2012. Sin embargo el artículo 355 TFUE antiguo artículo 299 TCE establece una precisión: el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 seguirá aplicándose para todos los territorios de los Estados miembros en los que no pueda aplicarse el Reglamento 44/2001 actual Reglamento 1215/2012. En definitiva si conocieran del supuesto los tribunales españoles deberán aplicar el Convenio de Bruselas de 1968 y no el Reglamento 44/2001 actual Reglamento 1215/2012 cuando: en primer lugar “ el demandado esté domiciliado en un territorio en el que se aplique el Convenio de Bruselas y no el Reglamento 44/2001 actual artículo 1215/2012 según el artículo 355 TFUE”; en segundo lugar cuando “los artículos 16 (foro de competencias exclusivas) y 17 (foro de la sumisión expresa) del Convenio de Bruselas otorguen

y Convenio de Bruselas); así como de toda la jurisprudencia aplicable a los mismos, resulta de vital importancia GARAU SOBRINO, Federico, F., *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Normativa actual, antecedentes y jurisprudencia del TJUE*, Universitat de les Illes Balears, Primera edició, juny de 2014, 136 p.

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 175-176.

²⁷⁷ *Ibidem*; de igual forma es la jurisprudencia del TJCE Vid. STJCE de 4 de mayo de 2010 *TNT Express*, as. C-533/08 en concreto los fundamentos de derecho 45 y el fundamento de derecho 49 donde se indica que: la citada primacía “no puede menoscabar los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la UE”.

competencia a los tribunales de un territorio en el que se aplique el Convenio de Bruselas y no el Reglamento 44/2001 actual Reglamento 1215/2012 según el artículo 355 TFUE”; en tercer lugar “en los supuestos de litispendencia y conexidad, se aplica el Convenio de Bruselas siempre que la demanda se presente ante un tribunal de un territorio en el que se aplica el Convenio de Bruselas y no el Reglamento 44/2001 actual Reglamento 1215/2012 según el artículo 355 TFUE”, en cuarto y último lugar en relación al reconocimiento, “se aplica el Convenio de Bruselas si el Estado de origen o el requerido es un territorio en el que se aplica el Convenio de Bruselas pero no el Reglamento 44/2001 actual Reglamento 1215/2012 según el artículo 355 TFUE²⁷⁸”.

El Convenio de Bruselas fue un instrumento internacional importantísimo y por eso los Estados de la EFTA²⁷⁹ que no eran Estados comunitarios y no podían firmar el Convenio de Bruselas firman El Convenio de Lugano el 16 de septiembre de 1988 (se firma entre los Estados miembros de la Comunidad Europea y la EFTA), reproducía “casi exactamente todas las disposiciones de la Convención de Bruselas²⁸⁰”. Dicho Convenio ha sido sustituido el 30 de octubre de 2007 por el Convenio de Lugano II debemos tener en cuenta las siguientes precisiones²⁸¹:

En primer lugar el Convenio establece que se aplicará a las relaciones entre Islandia, Noruega, Dinamarca y Suiza entre sí y en las relaciones entre estos Estados con los demás miembros de la UE²⁸².

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 178-179. De la lectura del artículo 355 del TFUE se desprende: En relación con Francia no se aplica a: “Polinesia francesa, Nueva Caledonia, Islas Wallis Y Futura, Saint-Pierre et Miquelon, Mayotte, tierras australes y antárticas francesas”; en relación con Reino Unido el Reglamento 44/2001 no se aplica a: “Islas del Canal o anglonormandas, Isla de Man, zonas de soberanía del reino Unido de Akrotiri y Dhekelia situadas en Chipre, Islas Cayman, Anquilla, Malvinas-Falkand, Georgia del Sur y Sandwich del Sur, Moserrat, Pitcairn, Santa Elena y sus dependencias, territorio antártico británico, territorios británicos del Océano Índico, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes británicas, Bermudas”; en tercer lugar con respecto a Dinamarca no se aplicará a “Islas Feroes ni a Groenlandia” y en cuarto y último lugar, con respecto a los Países Bajos “no será aplicable ni en Aruba ni en las Antillas Neerlandesas.

²⁷⁹ Con las siglas EFTA estamos haciendo referencia al Acuerdo Europeo de Libre Comercio (European Free Trade Association) su origen está en el 4 de enero de 1960, donde se elabora la Convención de Estocolmo como alternativa a la Comunidad Económica Europea (1957). Los países firmantes en un primer momento fueron: Austria, Dinamarca, Gran Bretaña, Noruega, Portugal, Suecia y Suiza. Entró en vigor en junio de 1960. Posteriormente se adherirán: Finlandia en 1961, Islandia en 1970 y Liechtenstein en 1991. Tenían como objetivo favorecer la estabilidad económica y el crecimiento financiero de los Estados firmantes.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 176.

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 176-177.

²⁸² *Ibidem*

En segundo lugar debemos analizar las fechas en las que el citado Convenio entró en vigor para los correspondientes Estados: para la UE entró en vigor el 1 de enero de 2010, para Dinamarca, Noruega e Islandia el 1 de mayo de 2011²⁸³.

Es un texto que no añade nada nuevo en relación con el Reglamento 44/2001 ni con su predecesor el Reglamento 1215/2012²⁸⁴.

En cuarto lugar debemos tener en cuenta que la finalidad de la UE es “abrir el Convenio de Lugano II a las relaciones entre la UE y otros terceros países que mantienen relaciones comerciales con Europa²⁸⁵”.

En quinto y último lugar debemos dar por reproducidas las consideraciones realizadas en relación a los territorios a los que se aplica el Convenio de Lugano II y no el Reglamento 44/2001 actual Reglamento 1215/2012²⁸⁶.

Debemos finalizar el estudio de la competencia judicial con el análisis de nuestras normas de producción interna, en concreto el artículo 22 de la LOPJ²⁸⁷. Es decir en el supuesto en que ningún instrumento internacional resultara aplicable para determinar la competencia judicial internacional, en nuestro caso, en defecto de aplicación del Reglamento 1215/2012²⁸⁸ los tribunales españoles podrán declararse competentes por la aplicación del artículo 22.3 LOPJ, el cual establece que “serán competentes los tribunales españoles en materia de obligaciones contractuales cuando estas hayan nacido o deban cumplirse en España”. Una materia será calificada como contractual en virtud

²⁸³ *Ibidem*, Vid. DOUE de 26 de mayo de 2011.

²⁸⁴ *Ibidem*, su objetivo era “alinear las disposiciones de dicho Convenio con las contenidas en el Reglamento 44/2001” vid. Decisión del Consejo de la UE de 27 de noviembre de 2008.

²⁸⁵ *Ibidem*, Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, Bruselas, 10 de junio de 2009, COM (2009) 262 final.

²⁸⁶ *Ibidem*, en relación con esta cuestión los artículos 54.1 ter y el artículo 64.2 del Convenio de Lugano II establecen que será aplicable el citado Convenio y no el Reglamento: en primer lugar cuando “el demandado estuviere domiciliado en un Estado parte exclusivamente del Convenio de Lugano: Islandia, Noruega y Suiza”; en segundo lugar cuando “los artículos 16 (foros exclusivos) y artículo 17 (sumisión expresa) otorguen competencia a tribunales de un Estado parte exclusivamente del Convenio de Lugano II”; en tercer lugar “en los casos de litispendencia y conexidad cuando la demanda se presente ante los tribunales de un Estado parte del Convenio de Lugano II” y en último lugar, en relación al “reconocimiento y *exequatur* cuando el Estado de origen o el de recepción sean un Estado no miembro de la UE y sí del Convenio de Lugano II”.

²⁸⁷ Vid. Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio vigente hasta el 22 de julio del 2014.

²⁸⁸ Como ya hemos indicado anteriormente para que este sea aplicable deberán darse en el supuesto en concreto todos los ámbitos de aplicación.

de la aplicación del “Derecho que regule el fondo del contrato”. Luego serán competentes los tribunales españoles cuando el contrato de cesión de créditos se hubiera celebrado en España²⁸⁹ y por otro lado también podrán ser competentes los tribunales del lugar de ejecución de la obligación, en definitiva cuando la transmisión de los créditos debiera realizarse en España. Si las partes en el contrato han pactado un lugar de ejecución conocerán los tribunales de dicho lugar (siempre claro está que dicho pacto sea válido de conformidad con el Derecho que rige el contrato); por el contrario si las partes en el contrato no han pactado un lugar de ejecución serán competentes “los tribunales del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda es decir la obligación presuntamente incumplida²⁹⁰”.

2.5 Conclusiones

Podemos afirmar que el Reglamento 1215/2012 constituye el instrumento comunitario más importante de cara a la determinación de la competencia judicial. Como hemos explicado a lo largo del capítulo, el Reglamento 1215/2012 establece un sistema “completo” y “exhaustivo” para determinar los tribunales competentes en relación con contratos civiles y mercantiles en el ámbito internacional y por lo tanto dentro del citado concepto tendrán cabida los supuestos de cesión de créditos en el ámbito comunitario así como los contratos internacionales de *factoring*; a la par establece un sistema ágil y veloz de reconocimiento y ejecución de sentencias en el ámbito comunitario en relación con la materia objeto de estudio.

Con el sistema de jerarquía de foros contenidos en el Reglamento se garantiza la previsibilidad de los tribunales competentes, puesto que con carácter prioritario serán competentes los tribunales que hayan elegido las partes siempre y cuando hayan hecho uso del ejercicio de su derecho de autonomía de la voluntad.

²⁸⁹ En el caso de contratos celebrados entre ausentes se aplicará el artículo 1262 del C.c. y en ese caso serán competentes los tribunales del lugar donde se hizo la oferta salvo pacto en contrario.

²⁹⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 564-565; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 499-501; como establecen los citados autores, la redacción del artículo 22.3 LOPJ está en consonancia con el Reglamento 44/2001 y con su antecesor el Convenio de Bruselas de 28 de septiembre de 1968, pues en los dos instrumentos internacionales su artículo 5.1 establece que serán competentes los tribunales “del lugar de ejecución de la obligación presuntamente incumplida u obligación que sirve de base a la demanda”.

El sistema de jerarquía de foros supone un avance en relación con el nacionalismo judicial puesto que los tribunales comunitarios podrán declararse competentes cuando concurren los ámbitos de aplicación del Reglamento 1215/2012 y cuando concorra algún foro de competencia judicial internacional con independencia de que las partes no tengan la nacionalidad del tribunal que están conociendo del asunto. Como novedad en relación con otros instrumentos internacionales podemos afirmar que los foros del reglamento son foros de competencia judicial internacional y en ocasiones de competencia judicial interna, en concreto debemos tener en cuenta los foros de la sumisión y el foro especial en razón de la materias; por el contrario el foro del artículo 4 hace competentes a los tribunales del domicilio del demandado, decimos en ese caso que es un foro sólo de competencia judicial internacional puesto que el concreto tribunal territorialmente competente se determinará de conformidad con las normas procesales de derecho interno del tribunal que esté conociendo del asunto. Es decir, el foro del artículo 7.1 del Reglamento 44/2001 es un foro tanto de competencia judicial internacional como de competencia judicial interna, en virtud de la aplicación del concreto lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa. Lo mismo sucede con el foro contenido en el artículo 25 del Reglamento ya que las partes pueden realizar un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales de un concreto Estado miembro de forma general así como realizar un pacto de sumisión expresa a favor de un concreto tribunal de un Estado miembro, de nuevo nos encontramos ante un foro de competencia judicial internacional y ante un foro de competencia judicial interna. La misma solución se podrá predicar en el supuesto de existencia de un foro de sumisión tácita puesto que la misma se produce cuando una parte interpone una demanda ante un concreto tribunal de un Estado y el demandado comparece ante ese tribunal sin impugnar la competencia de ese tribunal.

Así pues con este sistema de foros, se garantiza aún más la previsibilidad de las sentencias ya que las partes antes de que se inicie el litigio van a conocer el concreto órgano territorialmente competente. No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta los aspectos negativos de la citada jerarquía de foros, es decir, el citado sistema también conlleva en determinados supuestos a la siguiente paradoja: en ocasiones el sistema de foros del Reglamento 1215/2012 no conlleva tal jerarquía sino que la misma práctica provoca la existencia de foros alternativos: podrán aplicarse a un mismo contrato tanto el foro general de competencia judicial internacional del artículo 4 como el foro especial

en razón de la materia contenido en el artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012; se dice en estos casos que la posibilidad de elección dependerán del demandante; el único requisito imprescindible es que el foro especial en razón de la materia haga competentes a los tribunales de un Estado miembro diferente del Estado del domicilio del demandado, en ese caso sólo podrá aplicarse el foro general del artículo 4.

Es importante que con el nuevo Reglamento de competencia para que el pacto de sumisión expresa sea válido no se exija que al menos unas de las partes se encuentre domiciliada en el territorio 44 al igual que sucedía con el supuesto de sumisión tácita. La necesidad de previsibilidad del tribunal que va a conocer del asunto no puede implicar la suma de requisitos adicionales, lo más lógico es que en la práctica internacional se permita realizar un pacto de sumisión expresa en un contrato de cesión de créditos a favor de los tribunales de un Estado miembro con independencia de que las partes estuvieran domiciliadas en el territorio 44 o no, siempre y cuando existieran otros contactos del contrato con el citado territorio.

Otro objeto de crítica en relación con los foros de competencia es la enorme complejidad del artículo más importante de todo el instrumento internacional al igual que sucedía con su predecesor: el artículo 7.1 del Reglamento 1215/2012, la citada complejidad en la redacción deriva del Convenio de Bruselas. Como hemos podido comprobar a lo largo del capítulo para que este artículo sea aplicable se exigen varios requisitos: que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro del Reglamento y que el demandante ejercite la acción ante un Estado diferente del domicilio del demandado, además el cumplimiento de la obligación litigiosa que sirve de base a la demanda deberá realizarse dentro del territorio 44. En caso contrario se aplicará con carácter exclusivo el foro general contenido en el artículo 4 del citado texto internacional, claro está, dicha solución siempre tendrá lugar para el supuesto en el que las partes no hubieran realizado un pacto de sumisión. De lo anterior parece desprenderse que el artículo 4 es un artículo de cierre o de recurso en caso de dudas, en cierto modo es el artículo general.

En relación con el Reglamento 1215/2012 a grandes rasgos podemos afirmar que ha introducido “pequeñas modificaciones” en relación con el Reglamento 44/2001, el nuevo Reglamento no ha cubierto las “expectativas” de reforma: El foro especial en

razón de la materia ha pasado a regularse dentro del artículo 7. El problema fundamental estriba en que la única modificación introducida en relación con el importantísimo y complicado artículo 5.1 del Reglamento 44/2001 es el cambio del tiempo verbal, sin embargo el contenido y el funcionamiento, muy a nuestro pesar, sigue siendo el mismo. En el Reglamento 44/2001 se utiliza la expresión “hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda...” y por el contrario en el Reglamento 1215/2012 se establece el siguiente tiempo verbal: “haya cumplido o deba cumplirse” por lo cual entendemos que la reforma introducida por el Reglamento 1215/2012 ha sido más ficticia que real.

De igual forma podemos afirmar que tanto el Reglamento 44/2001 como el Reglamento 1215/2012 tienen ciertas lagunas que deberían haber sido cubiertas. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos con la omisión de ciertas definiciones como pueden ser: la definición de “materia contractual”; la definición de “obligación que sirve de base a la demanda” y el concepto de “lugar de ejecución”. En relación con estos extremos el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea estableció que la definición de los citados conceptos debía realizarse de forma autónoma es decir, sin recurrir a los conceptos que de las citadas expresiones se tengan en los diferentes Estados miembros. En este caso tendremos que acudir a la vía jurisprudencial pudiéndose dictar en ocasiones sentencias poco previsibles para las partes. Lo anterior hubiera quedado solucionado si las citadas nociones se hubieran incluido dentro del Reglamento 1215/2012.

Todo lo anterior nos sirve para extraer la siguiente conclusión: El Reglamento 44/2001 no reguló o definió determinadas cuestiones que se consideraban esenciales de cara a determinar los tribunales competentes en un supuesto de cesión de créditos en el ámbito contractual. El problema es aún mayor cuando las carencias anteriores también se reproducen en el Reglamento 1215/2012, en relación con este último Reglamento podemos afirmar que no ha supuesto “un gran avance”; nuestras “expectativas” han quedado truncadas.

No obstante lo anterior, tenemos que reconocer que se han introducido con más o menos acierto algunas novedades en el Reglamento 1215/2012: En primer lugar no se produce una nueva redacción del articulado sino que sólo se reestructuran los artículos.

Sin embargo lo anterior no implica que se solucione la cuestión de la enorme complejidad de un foro tan importante como el foro especial en razón de la materia.

Como especial novedad introducido por el Reglamento 1215/2012 debemos mencionar que el Capítulo I introduce un listado de definiciones muy necesarias las cuáles garantizan la uniformidad, estamos haciendo referencia a los conceptos de: “resolución”, “transacción judicial”, “Estado de origen”, “Estado requerido”, “documento público”. Sin embargo, entendemos que también deberían haber quedado recogidos los conceptos “problemáticos” que indicábamos anteriormente como son: “materia contractual”, “obligación que sirve de base a la demanda o lugar de ejecución”, con independencia de que ya fueran cuestiones resueltas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Otra novedad cuanto menos interesante introducida por el Reglamento 1215/2012 a nuestro juicio la más importante, es aquella relacionada con el reconocimiento y de forma más concreta con el procedimiento de ejecución o *exequatur* de sentencias de otros Estados comunitarios. El Reglamento 1215/2012 establece en relación con estos supuestos que ya no será necesario establecer un procedimiento específico de reconocimiento y ejecución, sino que sólo será necesario la adopción de ciertos mecanismos de control en el Estado miembro requerido, el problema estriba en que en ocasiones esos requisitos o “mecanismos de control” exigidos por el Estado miembro requerido de cara a la ejecutividad de la resolución en ese concreto Estado pueden ser más rigurosos o estrictos que el propio procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales regulado en el Reglamento 44/2001. Todo lo anterior nos sirve para afirmar que nos encontramos ante un verdadero procedimiento de ejecutividad “encubierto” puesto que como hemos indicado se exigen en ocasiones unos requisitos muy estrictos para dotar a la sentencia de fuerza ejecutiva, dichos requisitos ni siquiera son exigidos en otros instrumentos o Convenios Internacionales como sucede con el Reglamento 805/2004 de 21 de abril de 2004 en relación con el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. En definitiva, para que se reconozca o ejecute una sentencia en otro Estado Miembro se deberán cumplir los requisitos contenidos en el artículo 42 del Reglamento 1215/2012. De nuevo hubiera sido necesario introducir mayores reformas en el nuevo Reglamento de competencia judicial para garantizar la previsibilidad de la sentencias y en última instancia para garantizar que las sentencias circularan

“libremente” por el territorio comunitario; sólo de esa forma el comercio internacional se agilizaría, abaratándose los costes de las transacciones internacionales. Un sistema ágil y veloz de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales ayudaría a la consecución de la “quinta libertad comunitaria” es decir: la libre circulación de resoluciones judiciales en el ámbito comunitario.

Sin embargo debemos tener en cuenta que el Reglamento 44/2001 en ocasiones llevaba a la siguiente paradoja: los tribunales del territorio 44 siempre se declararían competentes cuando el demandado tuviera su domicilio en su territorio con independencia de donde se encontraran el resto de los vínculos del contrato. Lo anterior podría conllevar que el foro del domicilio del demandado se convirtiera en un “foro exorbitante” y nos encontráramos con un problema semejante al nacionalismo judicial. En estos casos las normas de competencia judicial internacional no provenían de los vínculos que el contrato tuviera sino de la posición que ocupara una de las partes es decir, el demandado. El protagonismo del foro del domicilio del demandado se ha reducido con el Reglamento 1215/2012 al no exigir el requisito del domicilio en territorio 44 del demandado para que conozcan las autoridades comunitarias.

Todo lo anterior nos lleva a concluir lo siguiente, en ocasiones la calidad y perfección técnica de los instrumentos internacionales, en nuestro caso el Reglamento 1215/2012, no impide que en la práctica se den situaciones contradictorias puesto que en ocasiones el Reglamento hace competentes a los tribunales del domicilio del demandado con independencia de que ese sea el único vínculo del supuesto con el caso; y por ende el resto de tribunales del territorio 1215/2012 no podrán negarse a reconocer o ejecutar la sentencia alegando que el contrato estaba más vinculado con su Estado y por lo tanto que sus autoridades tenían que haber sido las competentes. Los tribunales de un concreto Estado deberán declararse competentes con independencia de que el único vínculo existente con su territorio sea el domicilio del demandado a pesar de que el resto de los vínculos del contrato esté relacionado con otro Estado. En estos casos nos podremos encontrar con la falta de previsibilidad de la sentencia así como con el aumento de los costes y en última instancia un detrimento del comercio internacional ya

que las partes querrán que conozcan del asunto los tribunales mejor situados, en definitiva los más previsibles y que favorezcan en mayor medida sus intereses²⁹¹.

Lo anterior sólo puede ser resuelto con un análisis de todos los elementos en presencia y aplicando en su caso las reglas de litispendencia y conexidad. Garantizándose siempre que las partes tengan conocimiento de la sentencia así como la posibilidad de recursos. Las sentencias comunitarias deberán constar de unos requisitos “formales mínimos” para que las mismas puedan ser reconocidas y ejecutadas a través de procedimientos ágiles y sencillos. Todo lo anterior se puede salvar con el artículo 45.1 apartado a del Reglamento 1215/2012 el cual establece la posibilidad de revisar la competencia del juez de origen cuando la misma se haya basado en un foro exorbitante. En última instancia y en defecto de pacto de sumisión lo lógico sería garantizar que el tribunal que conociera del asunto fuera el tribunal del país más vinculado de cara a conseguir el posible reconocimiento y en su caso ejecución de la sentencia.

²⁹¹ De igual forma Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia., “Repercusiones del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales...”, op. cit. p. 452 “(...) La aplicación de las normas de competencia no se habría dispuesto atendiendo a la vinculación de la situación con el foro, sino a la concreta posición que ocupe una de las partes en la situación: el demandado. Lo que interesa, por tanto, no es tanto que la situación presente vínculos con varios Estados miembros, sino que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro, aunque el resto de conexiones conduzcan a terceros Estados”.

CAPÍTULO III

LEY APLICABLE EN MATERIA DE CESIÓN DE CRÉDITOS: LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS INTERNACIONALES.

1. Iniciativas legislativas internacionales en el ámbito privado

Como hemos avanzado anteriormente cuando nos encontremos en la práctica internacional ante un supuesto de cesión de créditos deberemos tener presente varios datos a la hora de resolver el conflicto: en primer lugar debemos analizar la competencia judicial internacional, en definitiva qué tribunales son competentes para resolver la cuestión, una vez determinado lo anterior tendremos que averiguar la normativa que los citados tribunales aplicarían al supuesto concreto en el caso de declararse competentes y en todo caso (fuera de nuestro objeto de estudio) si la posible sentencia dictada por esos tribunales podría tener efectos en otros países.

La primera cuestión (la competencia judicial internacional) ha quedado resuelta en el capítulo anterior en el ámbito comunitario y en cierta medida en nuestro ámbito nacional. A continuación trataremos de resolver la segunda cuestión: el derecho aplicable, haciendo especial referencia al ámbito comunitario; no obstante deberemos tener presente la normativa nacional para el supuesto en el que el litigio no sea internacional o para los casos en los que se aplique con carácter exclusivo nuestra normativa derivado de los vínculos efectivos del litigio con nuestro país. Además debemos hacer especial hincapié en los supuestos en los que en el ámbito internacional las partes hayan pactado previamente todo en el contrato y establezcan que en caso de litigio o en caso de discrepancia no se aplique una concreta normativa sino los determinados usos o prácticas de un determinado sector concreto. En este caso las partes podrán prever la aplicación de los Principios UNIDROIT. Sin embargo, en otras ocasiones las prácticas realizadas en un concreto sector del comercio internacional no podrán por sí solas regular un determinado contrato y tendrá que ser acompañadas por la correspondiente normativa estatal o internacional.

Introducción

En el ámbito internacional los contratos tienen por objeto la regulación de situaciones muy diversas y mucho más variadas que las situaciones reguladas por los contratos meramente internos, es necesario que incluyan cláusulas ágiles y específicas del sector al que van referidos. A continuación realizaremos una breve reseña histórica del proceso de “internacionalización del derecho aplicable”: Con el aumento del comercio internacional se plantea la necesidad de reformar los Códigos nacionales del siglo XIX “obsoletos” de cara a la regulación del tráfico mercantil internacional en una “economía globalizada”. La contratación internacional cada vez se hace más frecuente en la práctica mercantil: “las nuevas economías facilitan e impulsan la contratación transnacional hasta límites nunca antes vistos. En segundo lugar, la caída de las <<barreras de Derecho público>> a los intercambios económicos internacionales comienza a derrumbar el mito de que comerciar con empresarios de otros Estados es más complejo, más arriesgado, más peligroso y sobre todo, más costoso, que comerciar con empresarios locales. El paso del sistema GATT al sistema WTO, caracterizado por la reducción masiva y/o eliminación de aranceles, y la emergencia de zonas supranacionales sin barreras a los intercambios comerciales de Estado a Estado, como la UE, MERCOSUR, NAFTA, etc., reducen de un modo muy significativo los costes de la contratación internacional. Los contratos internacionales pasan de ser una mera anécdota pintoresca en la vida de la empresa, a ser el instrumento legal más empleado para la transmisión de los bienes, servicios y capitales. En definitiva, el contrato <<internacional>> es el vehículo legal, por excelencia, que permite y potencia la circulación de la riqueza¹”.

Es necesario agilizar las prácticas de la contratación internacional en el ámbito de una economía globalizada, es necesario que exista “una verdadera especialización adaptada a los contratos internacionales del siglo XXI en el plano de las <<instancias de resolución de conflictos>>”, en el ámbito de los tribunales competentes éstos deberán ser ágiles y asequibles para los operadores internacionales, en defecto de ello las partes

¹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Los contratos internacionales y el mito de la <<Nueva Lex Mercatoria>>” en *Estudios de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 55-56.

de un contrato internacional podrán acudir al ámbito nacional o incluso resolver sus controversias por la vía del arbitraje privado. Sin embargo, en el ámbito del derecho aplicable las soluciones no son tan sencillas puesto que se tendrá que aplicar al caso internacional “las reglas de fondo” que mejor se adecuen al contrato².

Los orígenes de los problemas debemos situarlos en la etapa de la “codificación”³: En el siglo XIX el “Derecho común” o “Derecho Romano” es sustituido por el “Derecho propio” de cada Estado o “Derecho Común”, de igual forma desaparece el “*Derecho de los Mercaderes*” o “*Ius Mercatorum*”⁴. La codificación nacional supuso acabar con la supranacional lo cual chocaba con la propia razón de ser del siglo XIX puesto que es el siglo de la “economía industrial internacional (...) El Derecho privado <<nacional>> contemplaba y regulaba los contratos típicamente <<nacionales>> o <<internos>> propios de actividades artesanales o agrícolas, pero la economía de finales del siglo XIX presentaba aun alcance internacional y fuertemente industrial. Los códigos nacionales que condensaban el Derecho Privado en cada país no sólo resultan poco útiles para la contratación internacional, pues no sólo generaban <<inseguridad jurídica internacional>> (pues cada país tenía <<su>> Código civil y <<su>> Código de comercio) sino que provocaban la apertura de la caja de Pandora de los <<conflictos de Leyes... ”⁵”.

Lo anterior se supera con la llamada “unificación internacional del derecho”, se intentará “unificar el Derecho Privado en el ámbito internacional” sin embargo la solución no está exenta de dificultades puesto que, en un primer momento se quiso crear un “Derecho Privado Universal” válido para todos los Estados, la solución se vio como imposible y como nueva opción se intentó crear un Derecho Internacional Privado con vocación de universalidad formado por normas de conflicto comunes a todos los Estados. El Derecho aplicable a un supuesto internacional sería siempre el mismo con independencia de los tribunales que conocieran del asunto⁶. Sin embargo se plantea como una idea difícil de alcanzar derivado de las diferencias existentes entre las

² *Ibidem*

³ *Ibidem*, pp. 56-61; BONELL, M.J., “Unificazione internazionale del Diritto” en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXV, 1992, pp. 720-734.

⁴ *Ibidem*, p. 57, entiende por *Ius Mercatorum* “El conjunto de reglas jurídicas creadas por los mercaderes que operaban en varios países y que se aplicaba en diferentes Estados, generalmente por lo Tribunales especializados en asuntos de comercio”.

⁵ *Ibidem*, p. 57.

⁶ *Ibidem*, en concreto Vid. nota al pie número 3.

legislaciones y resultado del problema de las diferentes interpretaciones que de un mismo hecho pudieran hacer los tribunales de diferentes Estados incluso sobre la aplicación del mismo derecho⁷.

Posteriormente se entiende que es necesario “unificar” la reglamentación internacional en vigor en determinados sectores como el derecho cambiario y la propiedad intelectual, sin embargo dicha opción también implica un cierto fracaso ya que ciertos sectores del comercio internacional y en concreto “la contratación internacional” quedan sin ser regulados. Con la Segunda Guerra Mundial de nuevo surgen los problemas de la cita “unificación” y se plantea nuevamente la necesidad de alcanzar una regulación acorde al comercio internacional. Se abren de nuevo dos posibilidades: De un lado se intentan “unificar las normas de conflicto referidas a la contratación internacional”, el ejemplo más característico lo encontramos con el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales⁸; sin embargo, se vuelven a plantear los problemas puesto que: “el conjunto de reglas jurídicas que finalmente regulará el contrato internacional será un <<Derecho estatal>> de un país concreto. Un Derecho previsto y diseñado para <<casos internos>>”⁹.

Como complemento de la opción anterior se crean “normas materiales uniformes” en el sector de los contratos internacionales. La opción anterior a su vez se concreta a través de dos posibilidades: Por un lado se crean “normas materiales uniformes por consenso entre Estados” el ejemplo más paradigmático es la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías y de otro lado se crean “normas uniformes materiales por parte de los comerciantes protagonistas del *Internacional Trade*. Es la <<Nueva *Lex Mercatoria*>>, un <<Derecho sin Estado>>”¹⁰.

⁷ *Ibidem*, por eso numerosos autores definen como “mito” a la unificación del Derecho internacional. Vid. entre otros ASSER, T.M.C., “Droit international privé et droit uniforme”, vol. XII, *RDILC*, 1880, pp. 3-22.

⁸ El citado Convenio entró en vigor el 13 de septiembre de 2005 para veinticinco Estados comunitarios. Vid. *DOCE C* de 26 de enero de 1988. Posteriormente el 1 de mayo de 2004 se adhieren los nuevos Estados miembros de la Comunidad Europea. Vid. *DOUE* de 8 de julio de 2005.

⁹ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 59 y 60.

De nuevo la unificación se realizó acarreado los siguientes problemas¹¹:

Por un lado, la unificación en materia contractual será una unificación parcial, sólo alcanzará a partes muy concretas de contratos específicos. Se unificarán sectores como el contrato de transporte, de venta internacional de mercaderías y contratos con consumidores; sin embargo no existirá regulación en materias muy importantes en el ámbito internacional como sucede con los supuestos de: contratos de distribución, venta de acciones de empresas, contratos de financiación, suministro...

En segundo lugar debemos tener presente que el derecho internacional creado por los sujetos que operan en él es enormemente subjetivo e incluso en ocasiones serán reglas adoptadas por los operadores internacionales más fuertes del sector en concreto, en determinadas situaciones dichas reglas pueden perjudicar a la parte más débil de la situación jurídica¹².

En tercer lugar se pueden plantear los problemas de elevación de costes en las transacciones internacionales, puesto que se debería crear una legislación aplicable tanto a las operaciones internacionales como a las nacionales. Así los operadores económicos siempre conocerían de antemano el derecho aplicable con independencia de que la transacción fuera interna o internacional¹³.

En cuarto y último lugar podemos afirmar que “El Derecho material uniforme esconde <<pretensiones de verdad totalizadora>>. Es poco post-moderno, igual que la idea de un Código Civil europeo es también poco post-moderna. Tal <<Derecho material global>> es defendido por citados autores, sujetos, corporaciones y entidades como si fuera <<el Derecho más perfecto de entre los posibles>>. Ello resulta un tanto pretencioso. Ninguna normativa puede atribuirse el mérito de ser la más perfecta del mundo para todos los contratantes del mundo. Por ello, crear un Derecho material uniforme que excluya cualquier otra alternativa supone eliminar normativas razonables

¹¹ *Ibidem*, p. 60 de igual modo: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, vol. XLVII, *REDI*, 1995-II, pp. 11-41; ID., “La racionalización económica del Derecho internacional Privado”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2001, pp. 88-154.

¹² *Ibidem*, p. 61.

¹³ *Ibidem*

para los contratantes que operan a nivel internacional. Los contratantes pueden preferir por unas razones o por otras, una normativa diferente a ese <<Derecho material uniforme¹⁴>>.

1.2 Las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*”

En el contexto internacional actual los comerciantes y los sujetos que intervienen en las operaciones comerciales se enfrentan ante el problema de determinar el derecho aplicable a un contrato internacional, en nuestro caso de cesión de créditos. En la práctica los comerciantes se encuentran con un “comercio global” regulado por normas nacionales y en ocasiones puede darse cierta inseguridad jurídica puesto que cuando las partes firman un contrato internacional podrán darse varias situaciones: en primer lugar, puede suceder que las partes en el propio contrato hayan previsto el derecho aplicable en caso de litigio (no existirían mayores inconvenientes en lo que respecta a nuestro objeto de estudio); en segundo lugar puede suceder que las partes no fueran tan previsoras y no pactaran el derecho aplicable en caso de litigio, en ese caso se plantean los problemas puesto que la aplicación de la *Lex fori* o aplicación del derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto no supone la aplicación de la Ley más favorable para las partes y en su caso la más previsible¹⁵.

Para solucionar lo anterior, los comerciantes que operan a nivel internacional también denominados *societas mercatorum*, recopilan todas aquellas prácticas o usos utilizados en sus relaciones comerciales e intentan unificarlas en un cuerpo uniforme bajo el nombre de *Lex Mercatoria*¹⁶. A continuación intentaremos definir el concepto de *Lex Mercatoria*, las características y su posible valor normativo en la aplicación práctica especialmente en relación con un contrato de cesión de créditos.

El concepto de *Lex Mercatoria* o de “Nueva *Lex Mercatoria*” no está exento de debate doctrinal, en líneas generales podemos afirmar que es el “Derecho específico de

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano., “Reconocimiento de la *lex mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional” en *Revist@e-Mercatoria*, Vol. 11, Número 2 (julio-diciembre 2012), p. 48 (última consulta noviembre 2013)

¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

las relaciones comerciales internacionales¹⁷”; otra definición dada por la doctrina es aquella que define la *Lex Mercatoria* como “ aquellos usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio juris* de vinculación jurídica¹⁸”; para otros autores con el término *Lex Mercatoria* estamos haciendo referencia al “conjunto de normas creadas por y para los participantes en el comercio internacional y aplicadas fundamentalmente por árbitros para resolver las controversias propias del comercio internacional¹⁹”. Posteriormente se avanza hacia una definición más genérica y se entiende que la *Lex Mercatoria* es simplemente “El Derecho específico de las relaciones comerciales internacionales²⁰”. Lo anterior viene a significar que la “Nueva *Lex Mercatoria*” estará presente en numerosas disposiciones: como sucede con la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, también podrá estar presente en los usos de la práctica mercantil internacional, en las prácticas de los comerciantes, en los principios generales aplicados por los árbitros cuando estos son los encargados de resolver las controversias internacionales, etc. En definitiva el principal dato a tener en cuenta estriba en que “las reglas integrantes de la Nueva *Lex Mercatoria* son reglas que han sido creadas por y para los comerciantes protagonistas del *Internacional Trade*, aunque se contengan en convenios internacionales o incluso Leyes estatales que han <<compilado>>y/o <<codificado>> tales reglas²¹”. Luego en un primer momento nada impide aplicar las reglas de la Nueva *Lex Mercatoria* a un contrato de cesión de créditos.

¹⁷ Vid. GOLDMAN, B., “Frontieres du droit et lex mercatoria”, *Archives de Philosophie du droit*, vol. 9, 1964, pp. 46-69; ID., “La lex mercatoria dans les contracts et l’arbitrage international: réalités et perspectives”, *JDI Clunet*, vol. 106, 1979, pp. 475-508. Los autores CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., se hacen eco de dicha definición en diferentes obras: *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 569; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p. 507; ID., “Ley aplicable al contrato internacional” en *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, p. 50; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., p. 61.

¹⁸ Definición dada por FRIGNANI A., *Il contratto internazionale*, Cedam, Milán, 1990, pp. 31-33.

¹⁹ Vid. LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A., KRÖLL, S.M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague/London/New York, 2003, p. 454.

²⁰ GOLDMAN B., “Frontieres du droit et lex mercatoria...”, op. cit., pp. 46-49; ID., “La lex mercatoria...”, op. cit., pp. 475-508; SCHMITTHOFF, C.M., “International Trade and Private International Law”, *Festschrift für H. Dölle*, vol. II, Tübingen, Mohr, 1963, pp. 261-280.

²¹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 569; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p. 507; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., p. 62.

Sin embargo, como avanzábamos anteriormente las definiciones de la Nueva *Lex Mercatoria* varían dependiendo de los autores implicados, en última instancia podrán darse dos concepciones distintas de la Nueva *Lex Mercatoria*²²:

En primer lugar ciertos autores defienden un concepto “Tradicional o moderado de la Nueva *Lex Mercatoria*”, entenderán la misma como “un conjunto de usos, contratos-tipo, reglas de asociaciones privadas..., que regulan exclusivamente algunos aspectos de la contratación internacional. La Nueva *Lex Mercatoria* no es un ordenamiento jurídico independiente de los Derechos nacionales, porque debe su existencia, precisamente a tales Derechos nacionales”²³. En definitiva para los defensores de ésta posición doctrinal la base del contrato internacional, en nuestro caso el contrato de cesión de créditos, será regulado por un Ley nacional complementada por las prácticas internacionales habituales de los operadores internacionales del concreto sector. La opción anterior es beneficiosa para las normativas estatales²⁴.

En segundo lugar otro sector doctrinal defiende una opción “avanzada” de la “Nueva *Lex Mercatoria*”, los autores que apoyan esta postura definen la “Nueva *Lex Mercatoria*” como el conjunto de prácticas creadas por los comerciantes internacionales que constituyen “un verdadero ordenamiento jurídico”, luego para este sector doctrinal la “Nueva *Lex Mercatoria*” no necesitará ir acompañada de un derecho nacional para dotarla de validez, ella misma por sí sola tendrá suficiente fuerza para regular un contrato internacional, en definitiva las reglas de la Nueva *Lex Mercatoria* tendrán la fuerza y validez suficiente para regular nuestro contrato de cesión de créditos²⁵.

²² VIRGÓS SORIANO, M., “Lex Mercatoria” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, pp. 3992-3994; de igual forma GÓMEZ JENE, M., “Artículo 34” en ARIAS LOZANO (Coord.) *Comentario a la Ley de Arbitraje de 2003*, Navarra, Thomson, 2005, pp. 325-330.

²³ SCHMITTHOFF, C.M., “Das neue Recth Des Welthandels”, *Rabelsz*, 1964, pp. 47-7 ; ID., “Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions”, en *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, vol. II, Deventer, pp. 19-31.

²⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., se hacen eco de dicha definición en: *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 570; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p. 507; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 50; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., p. 62.

²⁵ Dicha teoría fue defendida en un primer momento por GOLDMAN, B., Vid. “Frontiers...”, op. cit., pp. 46-69; ID., “La lex mercatoria dans les contracts...”, op. cit., pp. 475-508; ID., “Les conflicts de lois dans l’arbitrage interantional de droit privé”, *RCADI*, vol. 109, 1963, p. 368. Posteriormente dicha teoría ha sido defendida por CARBONE, S.M “ L’autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni”, *DCSI*, 1982, pp. 15-38; JUENGER, F.K., “American Conflicts Scholarship and the private international Law”, *Unif. Law Review*, 2000-I, pp. 171-188; LOWENFELD, A.F., “Remedies along with Rights: Institutional Reform in the New GATT”, *AJIL*, 1994, pp. 755-790 entre otros autores. En nuestra opinión lo más lógico es entender que esta segunda opción es la más adecuada puesto que nadie más

Los defensores de la tesis anterior entienden que la “Nueva *Lex Mercatoria*” es un ordenamiento jurídico propio y ajeno al ordenamiento interno derivado de varios hechos²⁶:

En primer lugar podemos afirmar que la “Nueva *Lex Mercatoria*” se caracteriza por ser un compendio de normas basadas en los principios comunes que impulsan la sociedad internacional, en la que intervienen comerciantes, empresas, aseguradoras... de distintos países. Todos los principios comunes se van a recoger en las prácticas de las empresas, del mismo modo dichas prácticas comunes deberán quedar reflejadas tanto en las decisiones judiciales y arbitrales como en las legislaciones de los diferentes Estados. Todos los principios comunes de la sociedad de comerciantes formarán un cuerpo autónomo de normas²⁷. La “Nueva *Lex Mercatoria*” será considerada como el conjunto de normas basadas en la autonomía de la voluntad de los sujetos intervinientes en nuestro caso los comerciantes, basadas en sus usos, prácticas y costumbres completadas por los “principios generales del Derecho reconocidos por todos los países que actúan en el mercado comercial y que forman un orden normativo que no ha sido desarrollado plenamente pero que existe independiente de cualquier sistema nacional de normas²⁸”. En definitiva serán los propios comerciantes los que legislen sus propias normas²⁹. Se elaboran así: “usos comerciales internacionales, cláusulas y prácticas comerciales

apropiado que los propios comerciantes para regular un derecho autónomo, podríamos adelantar que la “Nueva *Mercatoria*” supone la existencia de un Derecho específico, un Derecho alternativo al Derecho estatal creado por los profesionales de la contratación internacional, es decir, los comerciantes. “Así no existirá un contratante que juega en casa (playing at home) gracias a que su Derecho rige el contrato y que litiga contra otro contratante que <<juega fuera de casa>> (playing Hawaii) porque debe litigar con arreglo al Derecho del <<otro contratante>>: LANDO O., “The lex mercatoria in Internacional Comercial Arbitration”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 747-768; ID., “Lex mercatoria 1985-1996”, *FS –Strömholm*, Uppsala, 1997, pp. 567-584.

²⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 570-571; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 507-508; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., pp. 50-51; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., pp. 62-64.

²⁷ HAROLD BERMAN, J., “The New Merchant and the old sources, content, and legitimacy” en *Lex mercatoria and Arbitration*, Transnational Juris Publications, París, 1990, pp. 7 y ss.

²⁸ GIMÉNEZ CORTE, CRISTIÁN., “Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el Mercosur” en *Derecho Privado y Globalización*, Tomo I, Bogotá, 2005, p. 59.

²⁹ KAHN PH., “La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises”, *RIDC*, vol. 33, 1981, pp. 951-986; ID., “Les principes généraux droit devant les arbitres du commerce international”, *JDI Clunet*, 1989, pp. 305-327; FOUCHARD, F., *L’arbitrage commerciale international*, Dalloz, París, 1965, 611 p.; ID., “La Loi type de la CNUDI sur l’arbitrage comercial internacional”, *JDI Clunet*, 1987, pp. 861-900. De igual forma Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 570-571; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 507-508; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., pp. 50-51; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., pp. 62-64.

comunes en el comercio internacional: INCOTERMS 2000, AFTD (American Foreign Trade Definitions), condiciones generales de la contratación, contratos-tipos, Reglas Uniformes CCI para créditos documentarios...³⁰,

En segundo lugar la “Nueva *Lex Mercatoria*” se caracterizará por su totalidad, es decir, la propia *Lex Mercatoria* por sí sola será válida para regular los contratos internacionales no tendrá que “apoyarse” en el resto de ordenamientos nacionales. Si seguimos esta teoría las reglas contenidas en la “Nueva *Lex Mercatoria*” podrán por sí mismas regular un contrato de cesión de créditos sin necesidad de apoyarse en una normativa estatal o internacional³¹. A la conclusión anterior se ha llegado a través de tres grandes etapas históricas³²: Tras la segunda guerra mundial se plasman en los contratos determinadas prácticas “uniformes” referidas al intercambio de las materias primas; en un segundo momento los comerciantes de la industria petrolífera se plantean la necesidad de concluir contratos con los diferentes Estados adquirentes de la citada materia prima, surge la necesidad de incluir en el propio contrato principios generales del comercio internacional, principios generales de Derecho de los países más adelantados... Con la citada fórmula se consigue un equilibrio entre las dos partes contractuales, puesto que a partir de ese momento el derecho que regule el citado contrato no dependerá sólo del Estado contratante. La tercera y última etapa viene marcada por la necesidad de independencia de los contratos internacionales respecto de las normativas nacionales, los contratos internacionales deberán ser regulados por normativas no estatales³³.

En tercer y último lugar, existe otra teoría con menor trascendencia en el comercio internacional, es aquella que entiende la “Nueva *Lex Mercatoria*” como un método y no

³⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 570-571; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 507-508; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., pp. 50-51; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., pp. 62-64. Será objeto de estudio a lo largo del capítulo.

³¹ Aunque será objeto de desarrollo en posteriores páginas, podemos adelantar que nuestra opinión en relación con la “Nueva *Lex Mercatoria*” es que por sí misma no puede regular un contrato de cesión de créditos aislada de cualquier otra normativa ya sea nacional o internacional. Puede servir de complemento, a nuestro juicio de magnífico complemento, puesto que la experiencia de los operadores económicos y en concreto de los especialistas en la cesión de créditos debe servir de guía en caso de duda.

³² BORTOLOTTI, F., *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, Cedam, 1997, pp. 40 y ss.

³³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 570-571; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 507-508; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., pp. 50-51; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., pp. 62-64.

como un ordenamiento jurídico, para ellos todo el esfuerzo recaería en los conocimientos técnicos y habilidades de los jueces y árbitros en el momento de resolución del litigio, tendrían que “elegir” de entre las distintas normas aplicables al caso la “más adecuada” para resolver el litigio. “Estas normas más adecuadas podrán estar contenidas en Convenios Internacionales de derecho uniforme, en los usos del comercio internacional, en los principios generales del derecho, en Leyes estatales...”³⁴.

Una vez aclaradas las distintas concepciones de la “Nueva *Lex Mercatoria*” tenemos que determinar su contenido. Estará compuesta por tres grandes grupos de conceptos³⁵:

En primer lugar, estaría compuesta por los “principios generales del Derecho admitidos como válidos en el comercio internacional”: *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, no ejecutabilidad de contratos y cláusulas desleales o injustas, *culpa in contrayendo*, buena fe, no admisión del contrato con objeto ilegal, deber de negociar con buena fe, indemnización por no entrega de la mercancía o entrega con condiciones inferiores a las pactadas³⁶... Dichos principios son absolutamente aplicables a un contrato de cesión de créditos, luego en cierto modo las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” se aplicarán siempre a un contrato de cesión de créditos³⁷.

³⁴ Defensor a ultranza de dicha teoría GÓMEZ JENE, M., “Artículo 34...”, op. cit., pp. 325-330. Se puede afirmar que la tesis expuesta puede considerarse como una suma de las dos tesis anteriores. En estos casos el tribunal o el árbitro que está conociendo del asunto podrá aplicar la “Nueva *Lex Mercatoria* a un contrato regido por una Ley estatal (aceptación tradicional o moderada de la *Nueva Lex Mercatoria*) o bien podría constituir un régimen legal del contrato a través de materiales jurídicos diversos (Derecho estatal y Derecho creado por comerciantes), de modo que el contrato no se regirá por un Derecho estatal, sino por un conglomerado normativo diseñado por el tribunal o árbitro sin que exista una Ley estatal concreta que regule el contrato”: De la opinión de dicho autor se hacen eco: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 570-571; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 507-508; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., pp. 50-51; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., pp. 62-64. Nosotros entendemos que esta teoría resulta cuanto menos descabellada puesto que supondría un desbordamiento aún mayor para los jueces y árbitros. Prácticamente los convertiría en legisladores y bastante esfuerzo implica la aplicación práctica del mismo.

³⁵ DERAINS, Y., SCHWARTZ, “A Guide to the ICC Rules of Arbitration” *Kluwer Law International*, 2ª. ed., pp. 235 y ss.

³⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 570-571; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit. p. 508; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, p. 51.

³⁷ La buena fe de los comerciantes se presume, lo anterior no impide que en numerosas ocasiones se recuerde a las partes intervinientes en el contrato de cesión de créditos (cedente, cesionario y deudor entre otros) que deben actuar conforme a este principio.

En segundo lugar estaría formada por todos los “usos y prácticas uniformes observadas en el comercio internacional”, estamos haciendo referencia a todas las normas que han sido elaboradas por uniones de comerciantes, ya sean públicas o privadas que actúan en el ámbito internacional. En la mayoría de los casos se trata de “contratos-tipo preparados por determinadas empresas y Asociaciones que se emplean frecuentemente en el comercio internacional”. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos con las “Reglas Uniformes de cobranzas de créditos Documentarios, Reglas Uniformes sobre cobranzas de documentos y los INCOTERMS 2010 elaborados por la Cámara de Comercio³⁸”. En relación con el contrato de cesión de créditos tendría especial relevancia las prácticas desarrolladas por las asociaciones de *Factoring* e incluso los diferentes tipos de cesiones por sectores de actividad³⁹.

En tercer lugar debemos mencionar los precedentes elaborados por la práctica arbitral. “Los árbitros suelen referirse a ciertos precedentes asentados en ocasiones anteriores en la práctica arbitral (*stare vinculante*). El precedente opera, en la práctica arbitral, como una regla cuasi-vinculante⁴⁰”.

Sin embargo, como hemos avanzado anteriormente la Teoría de la “Nueva *Lex Mercatoria*” no está exenta de “detractores” y por ende de críticas, en líneas generales se pueden observar las siguientes⁴¹:

³⁸ *Ibidem*

³⁹ Aunque será objeto de estudio en un capítulo posterior podemos adelantar que en España existe la Asociación Española de *Factoring*; en línea www.factoringasociacion.com (última visualización diciembre 2014) La citada Asociación nos proporciona los datos de la distribución de las cesiones por sectores de actividad en España, concretamente para el año 2013 las cifras y sectores son las siguientes: Ind. Extractivas 1,15%, Ind. Manufactureras 24,28%, Ind. Y Sum. Médicos 1,66%, Energía 6,27%, Construcción 6,82%, Comercio 17,63%, Hostelería 2,56%, Transporte 11,53%, Agricultura 0,83% y otros 26,92%.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Vid. BERMAN HAROLD J., “The Law Merchant and the old sources, content, and legitimacy”, en *Lex mercatoria and Arbitration*, Paris, Transnational Juris Publications, 1990, p. 7: “Since the idea of a new Lex mercatoria was introduced some decades ago, it has kindled a highly controversial debate between those in favour and those against the Lex mercatoira, which almost resembles trench warfare. With de popularity of international commercial arbitration and the recent efforts and projects of harmonizing international contract law, this debate has regained its importance. Authors and commentators are still divided into two camps-‘mercatorists’ and ‘antimercatorist’. Their controversy finds its climax in the question as to whether as such, the parties to a contract can validly choose the Lex mercatoria as the law governing their contract by including a choice of law clause referring (general principles of international commercial law or alike) as the proper law of the contract. The arguments of the two opposing sides will be outlined hereafter”. Afirmaciones recogidas por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano., “Reconocimiento de la *lex mercatoria*...”, op. cit., pp. 61-62.

La primera crítica está basada en el siguiente planteamiento: ¿Hasta qué punto los sujetos que actúan en el comercio internacional son sujetos aptos para legislar?; las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” para este sector doctrinal no pueden ser independientes de los concretos derechos estatales, es decir, serán los propios Estados los que deban regular los usos y las prácticas de los contratos internacionales, así las reglas o normas elaboradas por los actores del comercio internacional no podrán ser consideradas como “derecho objetivo”⁴². En definitiva, para los seguidores de esta posición doctrinal un contrato de cesión de créditos será regulado por la correspondiente normativa (ya sea interna o internacional) y complementado lo anterior los usos o prácticas de la contratación internacional que previamente deben haber sido incorporadas al ordenamiento jurídico⁴³.

La segunda de las razones que alega la doctrina en contra de la “Nueva *Lex Mercatoria*” es que no estamos en presencia de un “auténtico ordenamiento jurídico”. Lo anterior se desprende de los siguientes planteamientos⁴⁴:

En primer lugar se puede afirmar que “no existe una única *Lex Mercatoria*”, existirán diferentes Leyes dependiendo del concreto sector objeto de regulación, incluso en la práctica ni siquiera existe relación entre los diferentes sectores. Se entiende por

⁴² Postura defendida por VIRGÓS SORIANO M., “*Lex...*”, op. cit., pp. 3992-3994. También se hacen eco de estas críticas CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 571-572; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 509-510; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., pp.51-52; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., pp. 65-69. La visión anterior no sólo se desprende de la doctrina sino que también puede desprenderse de la jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha sido tajante en este aspecto sobre todo en relación a la práctica de la cámara de comercio internacional en relación a los créditos documentarios. Vid entre otras: STS de 24 de enero de 2000 (RJ 2000/226) en donde el tribunal resuelve acerca de un contrato que recogía expresamente como partes integrantes del mismo las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional en la versión de 1983 en relación con los Créditos documentarios. Del mismo modo Vid. STS de 5 de junio de 2001 (RJ 2001/6668) donde el tribunal recoge la definición de crédito documentario según las Reglas y Usos Uniformes entre otras.

⁴³ Como ya hemos expresado en una nota al pie anterior compartimos la opinión de este sector doctrinal; sin embargo no estamos de acuerdo en el hecho de que para que las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” sirvan de complemento deban incorporarse al concreto ordenamiento jurídico. Por sí mismas pueden servir de vía para solventar las correspondientes lagunas del concreto ordenamiento jurídico.

⁴⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 571-572; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 509-510; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., pp.51-52; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., pp. 65-69

este sector doctrinal que “la Nueva Lex Mercatoria es un conglomerado multiforme de reglas variopintas de comportamiento comercial y carece de unidad sistemática”⁴⁵.

Otras de las razones por las que la “Nueva *Lex Mercatoria*” no puede considerarse un ordenamiento jurídico pleno se deriva del hecho de que está compuesta por un conglomerado de normas que rigen aspectos muy puntuales de la contratación internacional, en definitiva carece de “plenitud”. En la mayoría de las ocasiones en la práctica internacional nos encontramos con un simple “agregado de usos particulares propios de ciertas áreas del comercio internacional”⁴⁶. Luego la “Nueva *Lex Mercatoria*” tendrá “enormes lagunas”⁴⁷, es decir, a la hora de resolver un litigio internacional los árbitros deberán apoyarse sobre la base de un derecho estatal, en todo caso el contrato como mínimo deberá ser regulado por dos instrumentos: Los usos y prácticas del comercio internacional; en definitiva la “Nueva *Lex Mercatoria*” y de otro lado por el concreto ordenamiento estatal aplicable al caso. Luego en conclusión la “Nueva *Lex Mercatoria*” no estará preparada para regular todas las materias contractuales internacionales, en nuestro caso las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” por sí solas no podrán regular un contrato de cesión de créditos⁴⁸.

⁴⁵ Posición seguida fundamentalmente por LAGARDE, P., “Approveche critique de la lex mercatoria”, *Études B. Goldman*, París, Litec, 1982, pp. 125-150; ID., “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, 1991, pp. 287-340. El citado autor indica que “Los defensores de la existencia y aplicación de una <<Nueva *Lex Mercatoria*>> faltan a la verdad cuando hablan de esta <<Nueva *lex Mercatoria*>> como si fuera un conjunto sistemático de normas jurídicas. Porque ni es un conjunto sistemático, ni está compuesto por normas jurídicas”. De igual forma CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 571; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p. 509; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 52; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., p. 66.

Compartimos la opinión de la doctrina al entender que la *Lex mercatoria* no puede ser autónoma e independiente de los derechos estatales en todo caso tendría una función secundaria de complemento de la normativa interna. En la práctica internacional lo lógico será que los Estados cuando establezcan relaciones comerciales con otros sujetos de derecho internacional como puedan ser “entes internacionales o compañías extranjeras” querrán aplicar al contrato internacional su propio derecho, sin embargo la función del Estado cambiará en el supuesto en el que el contrato ser realice entre relaciones comerciales entre particulares, en última instancia tendrá la finalidad de protección de la parte “débil” de la relación jurídica. De igual forma Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis., Y CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., *Derecho mercantil internacional. Estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional*, 2ª ed., Bogotá, Tecnos, 1993, pp. 51 y ss.

⁴⁶ KAHN, PH., “La convention de Vienne du 11 avril 1980...”, op. cit., pp. 951-986; ID., “Les principes généraux du droit...”, op. cit., pp. 305-327.

⁴⁷ DAVID R., “Il Diritto del commercio internazionale, un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?”, *Revista di Diritto civile*, 1976, pp. 577-598; ID., *L’arbitrage dans le comerce international*, París, 1982, pp. 106-116.

⁴⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 571; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p. 509; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 52; ID., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., p. 66. Los citados autores recogen las opiniones de: MANKOWKI P., “Überlegungen zur sach-und

La tercera razón que abducen los citados autores para rechazar la teoría de la “Nueva *Lex Mercatoria*” es que no estamos en presencia de un “derecho consuetudinario” para ellos simplemente nos encontramos ante costumbres o prácticas de un concreto sector internacional muy difícil de unificar derivado del aumento de los procesos arbitrales⁴⁹.

La cuarta razón en contra de la existencia de la “Nueva *Lex Mercatoria*” obedece a la idea de que ni siquiera tiene un sistema sancionador propio. Es decir, la máxima sanción para los comerciantes incumplidores podría ser la correspondiente “expulsión del mercado afectado”. Luego se entiende que las sanciones son “más aparentes que reales⁵⁰”. En estos casos debemos tener presente que aunque en la práctica comercial la expulsión del concreto sector o mercado sea efectivo no implica que no sea necesario un sistema sancionador propio⁵¹.

interessengerechten Rechtswahl in Verträgen des internationalen Wirtschaftsverkehrs”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2003, pp. 2-13, donde establece que: “En ocasiones los árbitros fallan en equidad sin necesidad de aplicar ninguna norma jurídica” y de otro lado puede suceder que “las normas de la Nueva *Lex Mercatoria* no estén bien definidas y el resultado final sea una lotería”: Vid. MANN F.A., “The proper law in the conflict of laws”, *ICLQ*, vol. 36, 1987, pp. 437-451. Compartimos la posición de este sector doctrinal ya que en la práctica internacional es imposible que la “Nueva *Lex mercatoria*” no puede regular todos los aspectos de cada uno de los contratos, los árbitros entienden que cualquier contrato se verá respaldado por la correspondiente ley estatal. Como se afirma por un importante sector doctrinal: “Las partes se ven abocadas a una pura lotería cuando pretenden señalar que un contrato será interpretado única y exclusivamente a la luz de lo que conocemos como *Lex mercatoria*” Vid. entre otros: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZALEZ, Javier., “Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., p. 75. De igual forma vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano., “Reconocimiento de la *lex mercatoria*...”, op. cit., p. 62.

⁴⁹ DAVID R., “Il Diritto del commercio internazionale...”, op. cit., pp. 577-598. De igual forma: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., Los contratos internacionales y el mito..., op. cit., p. 75; *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 571; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p. 509; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 52; De igual forma Vid. GARCIMARTIN ALFÉREZ F.J., “El régimen normativo...”, op. cit., pp. 11 y 40; compartimos la opinión del citado autor pues en cierta medida puede producirse la siguiente paradoja: ese “Derecho transnacional” creado por esos concretos profesionales nunca podrá ser un derecho neutral puesto que en la mayoría de los casos los sujetos que ocupan la posición dominante o fuerte del mercado serán los que impongan sus “prácticas comerciales” al resto de las partes. Luego siempre existirá una de las partes (la parte débil económicamente hablando) en situación más desventajosa que las demás. Luego si las grandes corporaciones de empresarios o multinacionales tuvieran siempre la potestad de elegir el derecho aplicable a un determinado conflicto internacional podría implicar que los operadores “pequeños” que también actúen en el comercio internacional podrían verse agraviados por las citadas medidas.

⁵⁰ RIGAUX F., “Examen de vœux questions laisses ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cah.DE*, vol. XXIV, 1988, pp. 306-321.

⁵¹ De igual forma CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., Los contratos internacionales y el mito..., op. cit., p.67; *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 572; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p. 510; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 52.

En quinto y último lugar podemos afirmar que las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” en la mayoría de los casos no son reglas elaboradas por los comerciantes sino que provienen de los concretos ordenamientos estatales y en ocasiones son copia de los concretos derechos estatales⁵².

Todas las críticas anteriores son válidas pero en la práctica comercial internacional no deben ser observadas de forma absoluta, dichas críticas proceden en gran medida de todos aquellos expertos que entienden que el único ente dotado de potestad legislativa es el Estado, es lo que se denomina “paradigma convencional⁵³”.

Sin embargo, no se puede rechazar de forma tajante que la “Nueva *Lex Mercatoria*” constituya un régimen autónomo e independiente de las normativas estatales. Nos encontramos ante un Derecho paralelo a los ordenamientos estatales que surge de la práctica comercial y que en ocasiones puede llegar a ser más importante que las propias normativas internas⁵⁴. Se dice que la “Nueva *Lex Mercatoria*” es universal y su fuente esencial será el Derecho comparado. A grosso modo podemos observar enormes similitudes entre la *Lex Mercatoria* y los conceptos jurídicos de los Estados y de la concreta práctica comercial⁵⁵. Sobre la base de todo lo anterior podemos concluir que las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” pueden tener un concreto valor jurídico y todo dependerá del ámbito legal en el que se muevan las partes contractuales. Luego la

⁵² CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 572; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p. 510; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 52, para estos autores el ejemplo paradigmático es la CVIM de 1980, “cuando los expertos en las relaciones comerciales internacionales afirman que la citada convención contiene normas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” incurrir en un profundo contrasentido. En ese caso, no se trata de normas pertenecientes a la *Nueva Lex Mercatoria*, sino de normas de Derecho estatal, pues el CVIM es parte del Derecho de los Estados partes en tal convenio internacional”.

⁵³ DE SOUSA SANTOS BOAVENTURA, “Law: a map of misreading. Towards a postmodern conception of law”, *Journal of Law and Society*, nº 14, 1987, pp. 279 a 302: “(...) (A)similado al Derecho que es producido por el Estado y que posee una serie de propiedades definitorias como la sistematización e institucionalización de normas, la seguridad y la previsibilidad de comportamientos y decisiones, la existencia de un cuerpo burocrático que se encarga de su administración y, finalmente, la garantía coactiva de su cumplimiento”. Opinión recogida por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano., “Reconocimiento de la *lex mercatoria*...”, op. cit., p. 63. El mismo planteamiento se puede observar en HOBBS Thomas., *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Foro de Cultura Económica, 1980, 618 p.

⁵⁴ Coincidentes con el planteamiento anterior vid. ARIZA HIGUERA Libardo., BONILLA MALDONADO, Daniel., “El pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, en *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2007, p. 35.

⁵⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano., “Reconocimiento de la *lex mercatoria*...”, op. cit., p. 68.

“Nueva *Lex Mercatoria*” tendrá validez jurídica dependiendo del concreto ámbito estatal en el que se muevan las partes, en definitiva⁵⁶:

En primer lugar, debemos mencionar el supuesto no contencioso, es decir, ante un supuesto en el que las partes no litigan entre sí, no existirá ningún problema para que la “Nueva *Lex Mercatoria*” pueda regular el contrato de cesión de créditos, dichas reglas podrán completar lo establecido por el concreto Derecho estatal aplicable al caso. La mayoría de los contratos internacionales -y el contrato de cesión de créditos no es menos- funcionan en el ámbito internacional por la aplicación de reglas específicas o reglas *sui generis* “gracias a que las partes se adhieren a ellas voluntariamente sin que para el efecto se requiera de una autorización expresa por parte de la ley⁵⁷”; un ejemplo de lo anterior lo encontramos en los INCOTERMS⁵⁸. Se puede afirmar que los

⁵⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., Los contratos internacionales y el mito..., op. cit., pp. 69-75; *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 573-574; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 511-513; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., pp. 52-54.

⁵⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano., “Reconocimiento de la *lex mercatoria*...”, op. cit., p. 70.

⁵⁸ Con el término anterior estamos haciendo referencia al conjunto de usos comerciales elaborados por la Cámara de Comercio internacional que establecen el alcance que tienen las cláusulas de los contratos relativos a la compraventa internacional de mercaderías. ID., “Los nuevos términos comerciales INCOTERMS (versión 2010) y su aplicación por el Derecho colombiano” en *Revist@ e- Mercatoria*, vol. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 18 y ss. Con los INCOTERMS la Cámara de Comercio Internacional quería compeler en un único cuerpo legal todos los usos más utilizados en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías: GARRO Alejandro M., Rule-setting by private organizations, standardization of contracts, and the harmonization of international sales law”, en IAN FLETCHER, LOUKAS MISTELIS, MARISE CREMONA (eds.). *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, Londres, Sweet & Maxwell 2001, pp. 23 y ss. El citado autor establece que: “The Incoterms do not represent a total standardization device, but rather a partial standardization of certain price-delivery terms and the allocation of risks and costs between the parties to the contract of sale. It started in 1923 with a survey on the interpretation of 6 trade terms in 13 countries, leading to the publication of the first edition in 1936. By 1953 the Incoterms expanded its coverage to provide a uniform interpretation of 10 trade terms in 18 countries. Subsequent editions in 1967, 1976, 1980, 1990 and 2000 sought to confirm and expand on the greatest “common measure of practice” (the “fond commun” or common core) around those trade terms. Six months after launching the Incoterms 2000, they are the already the most widely version of Incoterms ever. As reported by the ICC, they are constantly used in countries as the United States and China, where the use of the previous version, Incoterms 1990, was not systematic”.

Todos éstos conceptos han sido elaborados por los comerciantes a lo largo de la práctica comercial, se entiende que la primera unificación realizada por la Cámara de Comercio Internacional data de 1936; Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano., “Los nuevos términos comerciales...”, op. cit., pp. 19-20. Dichos términos siempre deberán actualizarse de conformidad con los avances del comercio internacional y por lo tanto se van renovando con el paso del tiempo, actualmente contamos con los INCOTERMS 2010 “en donde se consideró la reciente proliferación de las zonas de franquicia aduanera, la expansión de las comunicaciones electrónicas en las transacciones comerciales y las nuevas prácticas en los transportes”: Vid. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 25 período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 17 (A/47/17), párrs. 160 y 161. En definitiva la existencia de los INCOTERMS elimina los problemas de interpretación que de un determinado concepto pudieran existir entre las legislaciones de los estados en el ámbito del Comercio internacional, especialmente en lo referente a la compraventa de mercaderías. Así: “Las intenciones y

INCOTERMS tendrían como finalidad establecer las obligaciones contractuales que en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías tienen tanto el comprador como el vendedor, en definitiva el importador y el exportador, luego dentro de los citados instrumentos podremos encontrar reglas no sólo referidas al pago del precio o a la entrega de las mercancías, sino también a todos los pasos que deben darse en un contrato internacional para que el mismo llegue a realizarse sin ningún tipo de problema; estamos haciendo referencia a los supuestos de trámites de aduana, logística, seguros⁵⁹.... Luego aunque no es objeto de nuestro estudio (puesto que como ya hemos adelantado la cesión de créditos no puede considerarse una compraventa de mercaderías) podemos adelantar a título ejemplificativo que en el supuesto de un contrato internacional de compraventa de mercaderías el vendedor al pactar un término comercial INCOTERN no sólo se obliga a entregar la mercancía, sino que además se obliga a entregar los documentos y a transferir la propiedad de las mismas según lo dispuesto en el artículo 30 de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, además puede suceder que en la práctica concreta sea necesario celebrar otro y otros contratos para que la mercancías pueda ser entregada correctamente⁶⁰.

De igual forma en relación con la “Nueva *Lex Mercatoria*” y en este ámbito no litigioso entre las partes podríamos incluir igualmente las Reglas Uniformes para el

acuerdos que se incorporan a un contrato deben ser interpretados según la forma y el lenguaje del contrato mismo [...] en operaciones continuadas y masivas la redacción de los términos del contrato, en particular las relacionadas con la entrega de las mercaderías y transmisión del riesgo demoraría y dificultaría la elaboración y celebración del contrato. Es por eso que términos pre-establecidos por las partes son usualmente incluidos en las proformas de compra o venta. Sin embargo, entre las diferentes formas de las partes pueden encontrarse diferencias que llevan a lo que la doctrina reconoce como la Batalla de las Formas” (*Battle of the Forms*). En ese sentido el uso de los INCOTERMS agiliza la celebración del contrato y evita el riesgo de tener disposiciones divergentes entre las formas de las partes”: HONNOLD JOHN O., “*Uniform Law and Uniform Trade Terms - Two Approaches to a Common Goal*”, en HORN & SCHMITTHOFF (eds.), *Transnational Law of International Commercial Transactions*, Kluwer, 1982, pp. 170-171.

⁵⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano., “Los nuevos términos comerciales...”, op. cit., p. 22. Para un estudio en mayor profundidad de los INCOTERMS 2010 Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos., “Compraventa internacional de mercaderías: los INCOTERMS 2010” en *Derecho del Comercio Internacional*, 5ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 217 y ss.

⁶⁰ Así por ejemplo, al celebrarse un contrato CIF (Cost, Insurance and Freight) - Costo, Seguro y Flete (puerto de destino convenido) el vendedor debe entregar las mercaderías, los documentos y transferir la propiedad de las mismas así como celebrar un contrato de transporte marítimo hasta el lugar de destino final y contratar el seguro de las mercaderías hasta el puerto de destino ya celebrado previamente por las partes en contrato. “Lo anterior, además de adelantar todos los trámites de exportación de las mercaderías en el país de origen y la logística necesaria para ejecutar la operación. Con ello encontramos que los INCOTERMS buscan regular de una manera más global toda la operación de exportación e importación de las mercaderías adaptándose así mucho más a las necesidades de los agentes de comercio internacional”: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano., “Los nuevos términos comerciales...”, op. cit., p.22.

Crédito Documentario-Reglas UCP 600- las cuales son incorporadas en la mayoría de los supuestos de comercio internacional por las partes (se cree que sucede en más de un 90% de los casos) sin necesidad de autorización expresa por parte del concreto Derecho interno aplicable al caso. Lo mismo sucede con las Reglas de York y de Amberes⁶¹.

En segundo lugar, tenemos que desarrollar el supuesto contencioso, en definitiva cuando las partes deciden resolver un litigio surgido en relación con un contrato de cesión de créditos acudiendo a un arbitraje internacional. Se entiende que el arbitraje internacional es uno de los cauces que pueden ser utilizados por las partes para resolver las posibles disputas derivadas de un contrato internacional de cesión de créditos⁶². Los árbitros aplicarán las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” que les sean dadas por las partes⁶³, de otro lado las partes también podrá indicar al árbitro que resuelva su litigio sin aplicación de una normativa estatal y por ello que recurra a los usos o prácticas del sector crediticio, en definitiva la “Nueva *Lex Mercatoria*” dicha opción sólo será posible siempre que la normativa interna del país cuyos árbitros estén conociendo del asunto así lo permitan, en definitiva acepten que las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” puedan regular el litigio de cesión de créditos⁶⁴; dicha posibilidad de forma genérica es admitida por el ordenamiento jurídico español⁶⁵. Sin embargo el problema se plantea cuando las partes en nuestro caso cedente, cesionario o deudor entre otros le dicen al árbitro las concretas reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” que quieren que sean aplicadas para resolver el problema surgido con su contrato de cesión de créditos, éstas se referirán a concretas reglas o prácticas (utilizadas en sus transacciones internacionales y por lo tanto conocidas) y no a la totalidad de las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*”. “Los árbitros no tienen por qué aplicar ninguna Ley estatal ni ningún principio de ningún inexistente <<orden público transnacional>>: allá

⁶¹ *Ibidem*. Las Reglas de York y Amberes han sido actualizadas al igual que sucede con los INCOTERMS, fueron promulgadas por primera vez en 1890 y la última actualización datan del 2004. En líneas generales podemos afirmar que regulan los supuestos de avería en el Derecho marítimo, son acuerdos celebrados por varios Estados de forma voluntaria en relación con problemas de la actividad marítima.

⁶² *Ibidem*. Compartimos la opinión de este autor al entender que el arbitraje es más flexible que un tribunal, puesto que estos últimos están sometidos al imperio de la Ley y por lo tanto en raras ocasiones en sus resoluciones se aplican las reglas de la *Lex Mercatoria* o los Principios de derecho internacional (Principios UNIDROIT).

⁶³ LAGARDE, P., “Approche critique de la lex mercatoria...”, op. cit., pp. 125-150.

⁶⁴ LANDO, O., “The Lex mercatoria in International Commercial Arbitration”, *ICQL*, vol. 34, 1985, pp. 747-768; ID., “Lex mercatoria 1985-1996”, *FS-Strömholm*, Uppsala, 1997, pp. 567-584.

⁶⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier.,; *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p.573; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p. 511.

ellos y las partes⁶⁶”. El problema con el que se encontrarán es que cuando quieran ejecutar el correspondiente laudo arbitral (laudo que se ha dictado sin la base de ningún derecho estatal) contra todo pronóstico dicho laudo podrá ser ejecutado pues las autoridades del país de ejecución no controlarán la Ley aplicada por los árbitros (tremendo error); lo anterior será así siempre y cuando dicho laudo no vulnere los principios de orden público internacional del país de ejecución, en caso contrario podrá plantearse el correspondiente recurso de nulidad o anulación. Siempre deberemos tener presente que las autoridades de los correspondientes Estados a la hora de la posible ejecución o no de un laudo arbitral no van a controlar el derecho aplicado por el concreto árbitro sino que en todo caso se revisarán los siguientes extremos: que el asunto sea objeto de una competencia que deba ser resuelta por la vía del arbitraje, que la resolución de laudo sea ajustada con el *petitum* de las partes y en todo caso que la ejecución del laudo no vulnere el Orden Público del Estado requerido. Sólo en esos supuestos los árbitros podrán aplicar las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” al contrato de cesión de créditos⁶⁷.

En tercer lugar, debemos mencionar los supuestos en los que un Tribunal nacional podrá aplicar las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*”, en definitiva la aplicación de las reglas en el ámbito estatal en caso de litigio derivado de un contrato de cesión de créditos. Los Tribunales que están conociendo del contrato de cesión de créditos sólo podrán aplicar las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” de cara a la resolución del litigio siempre y cuando dicha posibilidad sea permitida por el Derecho interno (en nuestro caso el Derecho Internacional Privado) aplicable al fondo del contrato de cesión de créditos⁶⁸. Lo anterior se desprende de varios hechos⁶⁹:

En primer lugar no debemos obviar que las partes a la hora de realizar un contrato de cesión internacional de créditos tienen absoluta autonomía en las materias objeto de libre disposición. Se podría deducir que esto es lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico y de forma más concreta en nuestro Derecho Internacional Privado con las

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 53.

⁶⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 574; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p. 512; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 53.

⁶⁹ *Ibidem*

reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*”, puesto que son consideradas como “pactos privados” de las partes derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad material que la Ley que rige el contrato otorga a las partes. Como hemos mencionado anteriormente los INCOTERMS sería un ejemplo de lo anterior⁷⁰.

En segundo lugar hay que tener en cuenta que algunos ordenamientos estatales elevan a categoría jurídica ciertas reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*”, se convierten por ello en “normas de Derecho internacional Privado objetivo⁷¹”. Un ejemplo del supuesto anterior lo encontramos en el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980 ⁷² y en lo que se refiere a nuestro objeto de estudio la cesión de créditos, tendría cabida dentro del artículo 25 del Reglamento 1215/2012 en relación al foro de la sumisión expresa⁷³. Todo lo anterior tiene sentido derivado de la enorme funcionalidad práctica de la “Nueva *Lex Mercatoria*”⁷⁴.

1.3 Principios UNIDROIT sobre contratos Internacionales

Como hemos adelantado en las páginas anteriores la doctrina ha considerado a la “Nueva *Lex Mercatoria*” de ser un “*pseudo-sistema legal no positivado*”, se plantea la necesidad de elaborar “auténticos sistemas de reglas” que regulen los aspectos más destacados del comercio internacional. Surgen así los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales (primera edición de 1994, segunda de 2004 y tercera 2010) y los llamados Principios del Derecho Europeo de los Contratos (*Principles of European Contract Law* –PECL), en definitiva dos mecanismos

⁷⁰ *Ibidem*, compartimos la opinión de estos autores al entender que determinados aspectos de la “Nueva *Lex Mercatoria*” son esenciales para regular determinadas prácticas del comercio internacional (las partes que aplican ciertas prácticas o usos son las que mejor los conocen y por lo tanto son las más indicadas para regularlo) “son reglas mejores que las contenidas en los Códigos civiles estatales”. En la práctica concreta podemos encontramos reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” en: “INCOTERMS, Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios y a las cobranzas de la Cámara de Comercio Internacional, etc. Cerrar los ojos a esta realidad dañaría la confianza de los operadores comerciales internacionales en la aplicación y observancia de esta reglas a-nacionales”. En el caso español lo anterior se puede observar en el artículo 1255 del C.c.

⁷¹ *Ibidem*

⁷² En adelante CVIM 1980.

⁷³ *Ibidem*

⁷⁴ Para mayor información sobre las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” Vid. CADENA AFANADOR Walter René, *La Nueva Lex Mercatoria, la transnacionalización del derecho*, Colombia, Centro de Investigaciones Socio jurídicas Universidad Libre de Colombia, Facultad de Derecho , 2004, 350 p.

destinados a dotar de fuerza jurídica vinculante y plenitud a la “Nueva *Lex Mercatoria*”⁷⁵”.

A la hora de analizar los Principios UNIDROIT hay que tener en cuenta la gran importancia que tuvieron en el momento histórico en el que fueron elaborados: “Sin duda la labor más relevante del UNIDROIT en los últimos años es la que dado lugar a los denominados <<Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales>>”⁷⁶”. UNIDROIT elabora una “compilación orgánica bajo la rúbrica Principios de contratos mercantiles internacionales divulgados en las principales lenguas de nuestro tiempo”⁷⁷”. Los citados Principios establecen “normas uniformes para la compraventa internacional de mercancías, las cuales se aplicarán salvo disposición expresa en sentido opuesto para las partes, a los contratos de compraventa Internacional celebrados entre comerciantes”⁷⁸”. La última versión de los Principios UNIDROIT fueron publicados en 2010 y su estructura se compone de un Preámbulo y 11 Capítulos divididos en 197 artículos, los cuáles se componen de disposiciones generales,

⁷⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., Los contratos internacionales y el mito...”, op. cit., p.69; *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p.574; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp. 512; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p.54.

⁷⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos., “El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea”, *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, Montevideo, Fundación de cultura Universitaria, 2005, p. 16. Discrepamos con la opinión del citado autor puesto que aunque es innegable la importancia de los Principios UNIDROIT, en el ámbito de la Compraventa internacional de mercancías la base absoluta de cualquier regulación deberá partir de la CVIM de 1980. En cierto modo la importancia de los Principios UNIDROIT deriva de la propia existencia de la CVIM de 1980, puesto que como afirma el citado autor nos encontrábamos ante un momento histórico específico, “pleno de potencialidad en el que comenzaban a investigarse vías de armonización alternativas al clásico proceso de codificación internacional, y en el que, quizás también como consecuencia del liberalismo imperante, se destacaba el papel regulador de determinados colectivos profesionales”. Por lo tanto a la hora de analizar los Principios UNIDROIT deberemos encuadrarlos dentro de este contexto histórico. Para un mayor análisis de la cuestión Vid. con gran maestría PERALES VISCASILLAS, M^a Pilar., “El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los Principios UNIDROIT (Ámbito de aplicación y Disposiciones generales)”, *RDM*, nº 223, 1997, pp. 221-297.

⁷⁷ GALGANO Francesco., “Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales” en *Revista de Derecho mercantil*, enero-marzo 2003, núm. 247, Madrid, p. 15. El citado autor indica que nos encontramos ante “una parte general sobre el contrato, que se pueden extender – para entendernos- a las normas sobre el contrato en general establecidas en los artículos 1.321-1.469 del Codice Civile, pero con importantes elementos de originalidad respecto a los derechos codificados: baste pensar que el único requisito del contrato es la voluntad de los contratantes, sin que sea necesario ningún otro requisito; por el contrario, el canon de la buena fe tiene una mayor consideración que en los derechos civiles codificados”.

⁷⁸ Vid. BONELL, M.J., “The UNIDROIT Principles of international Commercial Contrats anda the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”, *Uniform Law Rev.*, 1996, pp. 235 y ss. De igual forma SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada., “La unificación del Derecho Privado Europeo: Los Principios de Derecho Contractual Europeo de la Comisión Lando” en SÁNCHEZ LORENZO Sixto Y ESCUDERO Moya Mercedes (eds.), *La Cooperación Judicial en materia Civil y la Unificación del Derecho Privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 245.

formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento, compensación, cesión de créditos, prescripción y pluralidad de deudores y acreedores⁷⁹. Todos los artículos van acompañados de comentarios que simplifican su comprensión⁸⁰. Debido al enorme éxito que han alcanzado los citados Principios UNIDROIT se está elaborando una segunda edición debido al enorme éxito que han alcanzado en las instancias arbitrales; “han sido comparados con las *Restatements* americanos por tener el carácter de recomendaciones⁸¹”. Podemos afirmar que “nos encontramos ante un conjunto muy elaborado de reglas jurídicas que conforman una suerte de Código Uniforme en materia de contratos internacionales que ha recibido una influencia muy directa de la CVIM 1980 y de otras experiencias codificadoras en la materia. Su alcance y relevancia futura estará, pues, en función del empleo que de ellos hagan los operadores privados y los árbitros⁸²”.

Las características de los citados Principios son las siguientes⁸³:

En primer lugar, podemos afirmar que nos encontramos ante una serie de principios que “han sido extraídos o copiados tanto de la CVIM 1980 y de otros Convenios internacionales, mezclados con ciertas prácticas arbitrales⁸⁴, así como con determinadas

⁷⁹ Compartimos la opinión de PABLO-ROMERO GIL-DELGADO., María Concepción., “Avances en la aplicación de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes”, en *Cuadernos de derecho transnacional* (Marzo 2014), Vol. 6, Nº 1, p. 254 al entender que las consecutivas versiones de los principios UNIDROIT suponen un complemento de las anteriores, por eso la última versión tiene un contenido más amplio y más desarrollado que las anteriores: “Las sucesivas ediciones no enmiendan a la anterior sino que la complementan, y en cada una de ellas se amplía su contenido para incluir alguno de los aspectos de la contratación comercial internacional no regulados en las anteriores. Vemos así que el contenido de la última edición es sustancialmente más amplio y más desarrollado que en la anteriores aunque mantiene la misma estructura formal”.

⁸⁰ ABASCAL ZAMORA, J. M., “Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit”, *Derecho de los negocios*, nº 81, 1997, pp. 11-24; LEIBLE S., “El significado de los “Principios de Unidroit” para la seguridad jurídica en el comercio internacional”, *Derecho de los negocios*, nº 108, 1999, pp. 11-20.

⁸¹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos., “El Derecho de los contratos...”, op. cit., p. 17.

⁸² *Ibidem*, Vid de igual forma MIGUEL DE ASENSIO de P.A., “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Dir. comm. int.*, vol. XII, 1998, pp. 859-883.

⁸³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., Los contratos internacionales y el mito..., op. cit., pp. 69-75; *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., pp. 574-575; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., pp.512-523; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., pp. 54-56.

⁸⁴ La unión entre los Principios UNIDROIT y la *Lex Mercatoria* es incuestionable, como señala la doctrina más cualificada Vid. GALGANO Francesco., “Lex mercatoria, shopping...” en la materia nos encontramos ante: “Un nuevo Digesto el cual se verifica por el creciente número de laudos arbitrales internacionales que, en la resolución de controversias que se suscitan en aplicación de la *lex mercatoria*, citan literalmente los Principios UNIDROIT, los cuales son considerados como una fuente de conocimiento de aquella. Asistimos a una especie de singular bifurcación: la *lex mercatoria* es derecho

ciertas propuestas de la doctrina científica procedentes de la labor de <<comparación>> entre distintas Leyes estatales⁸⁵”. Nos encontramos con un conjunto de artículos comentados por sus redactores con la finalidad de servir de modelo en las prácticas comerciales internacionales. El problema vendrá derivado por el hecho de que no tienen carácter obligatorio y por eso sólo vinculará a las partes de un contrato de cesión de créditos cuando estas hubieran elegido los citados principios como aplicables a su contrato⁸⁶. “Se presentan como un texto articulado, elaborado con finalidad de armonización jurídico sustantiva de la parte general de los contratos comerciales internacionales, de naturaleza opcional (*soft-law*) que, en la medida en que se generalice su aplicación, servirá a la unificación de los contratos comerciales internacionales y resulta, por tanto, un instrumento útil en la Unificación del Derecho Comercial Internacional. Por otro lado, y a diferencia de otros instrumentos de *soft-law* de utilización generalizada en el tráfico comercial como los INCOTERMS o los Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, recopilados y editados por la Cámara de Comercio Internacional, han sido elaborados en el seno de una organización intergubernamental por un grupo de expertos independientes que representan a una gran variedad de sistemas jurídicos, económicos y políticos mundiales y se consideran, por ello, como un texto de autoridad⁸⁷”.

En segundo lugar debemos tener presente que los citados principios regulan tanto “la formación, como la validez, interpretación, contenido”, así como el posible “cumplimiento e incumplimiento y consecuencias de los contratos comerciales internacionales”, el problema estriba en que el resto de cuestiones quedará sin regulación⁸⁸.

consuetudinario. Su fuente de producción es el uso; y los Principios UNIDROIT constituyen su fuente de conocimiento. Se trata de reglas que vinculan a los árbitros internacionales, cualquiera que sea el derecho aplicable al contrato – el elegido por las partes o el que resulte del criterio de la relación estrecha (...) Nos encontramos, por consiguiente, en presencia de una especie de derecho consuetudinario que se impone a los derechos nacionales y que no se puede derogar por las partes del contrato. Esto implica la desaparición de cualquier duda sobre la naturaleza de tales usos, que han de ser considerados como usos normativos y no como simples usos contractuales”.

⁸⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 574; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p.513; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 54.

⁸⁶ PABLO-ROMERO GIL-DELGADO., María Concepción., “Avances en la aplicación de los Principios UNIDROIT...”, op. cit., p. 254.

⁸⁷ *Ibidem*

⁸⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 574; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p.513; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 54.

La tercera característica de estos principios sería su elevada “perfección técnica”, en ocasiones muy concretas se convierten en un instrumento mucho más técnico y específico que las propias regulaciones nacionales y por ello puede afirmarse que suponen una opción a las normativas internas⁸⁹.

La cuarta característica implica que los citados principios a diferencia de lo que sucedía con la “Nueva *Lex Mercatoria*” serán aplicados con independencia del tipo del contrato y con independencia del país objeto del litigio, puesto que al ser fruto de la globalización del derecho se aplican con independencia del derecho nacional, se dice en ese caso que tienen vocación de aplicación “planetaria”⁹⁰.

Sin embargo, la principal característica de estos principios es que tienen “carácter dispositivo” es decir, sólo podrán ser aplicados al caso en concreto cuando hayan sido elegidos por las partes o cuando las mismas en el propio contrato hayan establecido un pacto a favor de la aplicación al mismo de los “Principios Generales del Derecho o *Lex Mercatoria*” o cláusulas similares”. En todo caso, los Principios UNIDROIT podrán aplicarse al supuesto en concreto cuando las partes no hayan hecho uso de su derecho de elección de Ley y además cuando el supuesto litigioso presente vínculos con diferentes Estados; también serán aplicables los Principios UNIDROIT cuando las partes hayan realizado un pacto de exclusión de Ley, es decir hayan pactado previamente que no será aplicable al contrato ninguna Ley estatal⁹¹.

La sexta característica viene determinada por su origen, estos principios “son elaborados por juristas de Estados de todo el mundo, pero que no representan oficialmente a ningún Estado”⁹². La aplicación de los Principios UNIDROIT por los operadores comerciales se debe a que los redactores de los mismos “no han escatimado

⁸⁹ *Ibidem*, los autores anteriores se hacen eco de las opiniones de JUENGER, F.K., “American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant”, *Vanderbilts Journal of Transnacional Law*, 1995, pp. 487-501; ID., “The Lex mercatoria and private internacional law”, *Unif. Law Review*, 2000-I, pp. 171-187.

⁹⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 575; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p.513; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 54.

⁹¹ *Ibidem*

⁹² CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 54.

esfuerzos. Y como un paso más en la promoción de los Principios y para fomentar su aplicación han redactado una serie de cláusulas modelo para que sean utilizadas por los contratantes, facilitando la elección de los Principios UNIDROIT y su aplicación a los contratos. Estas cláusulas modelo (*model clauses*) se aprobaron por el Consejo de Gobierno en la 92 sesión celebrada los días 8 y 10 de mayo de 2013⁹³”

La séptima característica y no por ello menos importante deriva del ámbito material de los principios, en definitiva las materias que van a ser objeto de regulación por los mismos. La doctrina más autorizada entiende que sólo regularán “los contratos mercantiles internacionales”, el problema estriba en que no definen lo que deba entenderse por mercantil ni por internacional; se entiende que quedarán fuera de la cita regulación los contratos celebrados con consumidores. La laguna proviene de la caótica redacción del *comentario oficial* de los principios; pudiéndose extraer que para que puedan aplicarse a un supuesto concreto la internacionalidad del litigio será el requisito imprescindible, con independencia del elemento que internacionalice la situación. El texto menciona que no podrá aplicarse a los supuestos en los que “todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación”, sin embargo el texto incurre de nuevo en varias lagunas al no explicar lo que deba entenderse por “elementos trascendentes” ni por “puntos de conexión con una sola nación”⁹⁴.

Una vez analizadas las características de los Principios UNIDROIT debemos analizar sus objetivos⁹⁵:

En primer lugar podemos mencionar una función más teórica que práctica de los Principios UNIDROIT, en cierta medida podrían ser la base para la elaboración de las correspondientes Leyes nacionales e incluso de determinados Convenios internacionales⁹⁶.

⁹³ PABLO-ROMERO GIL-DELGADO., María Concepción., “Avances en la aplicación de los Principios UNIDROIT...”, op. cit., p. 257.

⁹⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 575; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p.513; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 55.

⁹⁵ *Ibidem*, de igual forma Vid. BONELL, Michael Joachim, “The UNIDROIT Principles of international commercial contracts: Why? What? How?”, *Tu Lane Law Review*, vol. 69, April 1995, nº 5, pp. 1121-1148.

⁹⁶ *Ibidem*

En segundo lugar podían servir también como base o “guía” de los correspondientes contratos que firman los operadores internacionales⁹⁷. Cuando las partes no hayan hecho uso de su derecho de elección de ley en el contrato de cesión de créditos y nos encontremos ante una relación contractual compleja⁹⁸ y donde además el contrato de cesión de créditos presente vínculos con los tribunales de varios Estados. Los Principios UNIDROIT podrán aplicarse a estos supuestos y por ende su finalidad será la de servir de complemento a la normativa interna o internacional correspondiente. La postura anterior se justifica por el hecho de que tanto los árbitros como el tribunal que esté conociendo del litigio surgido en relación al contrato de cesión de créditos “está plenamente autorizado para aplicar los principios en cuanto fuente de reglas generales para los contratos internacionales”⁹⁹.

En tercer lugar las partes pueden haber pactado previamente en el contrato que éste sea regulado por los Principios UNIDROIT, dichos principios serán la Ley que regule el contrato y por ello su incumplimiento podrá ser objeto de litigio ante el correspondiente tribunal nacional. Lo anterior será muy importante para los supuestos en los que una de las partes no quiera firmar el contrato cuando el mismo esté regulado únicamente por la Ley de uno de los contratantes¹⁰⁰. Sin embargo, en este caso compartimos la opinión de un sector de la doctrina al entender que el planteamiento anterior es demasiado “ambicioso” pues a la hora de resolver una controversia todos los tribunales exigirán que el contrato esté regulado por una Ley estatal concreta de conformidad con la aplicación de sus normas de Derecho Internacional Privado¹⁰¹.

⁹⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 575; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p.513; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 55.

⁹⁸ El contrato de cesión de créditos es un ejemplo de lo anterior en donde existen multiplicidad de partes que se suceden en las diferentes relaciones jurídicas.

⁹⁹ PABLO-ROMERO GIL-DELGADO., María Concepción., “Avances en la aplicación de los Principios UNIDROIT...”, op. cit., p. 258. Sin embargo, no compartimos con rotundidad la posición de esta autora al entender que las autoridades nacionales están vinculadas en primer lugar a la legislación nacional y por lo tanto dichas opciones de elección se presentarán con mayor facilidad en sede arbitral. No obstante, debemos tener en cuenta que la aplicación práctica en el caso concreto de los Principios UNIDROIT es mayor que las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*”.

¹⁰⁰ GLENN, H. Patrick., “The Ali/ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudications?”, *Rev. dr. unif*, 2004, pp. 829 y ss.

¹⁰¹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 575; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p.513; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 55.

Al igual que el anterior, un objetivo problemático será aquel que pretende considerar a los Principios UNIDROIT como “un sistema jurídico (Ley) aplicable al contrato en el arbitraje internacional¹⁰²”. Lo anterior es muy complicado de conseguir derivado del hecho de que los Principios UNIDROIT en concreto en su versión de 2010 presentan enormes lagunas y además hay que tener en cuenta que siempre existen en todos los ordenamientos jurídicos normas internacionalmente imperativas que deberán ser aplicadas con carácter ineludible. En definitiva, los árbitros podrán aplicar los Principios UNIDROIT en un laudo arbitral pero nunca con carácter excluyente puesto que siempre deberán estar respaldados por la correspondiente normativa estatal¹⁰³. En este momento observamos las similitudes entre los Principios UNIDROIT y las normas contenidas en la “Nueva *Lex Mercatoria*” al entender que en ambos supuestos nos encontramos con principios o prácticas de un concreto sector comercial que sólo serán aplicables al contrato de cesión de créditos cuando las partes lo hayan previsto de forma expresa en el contrato¹⁰⁴.

El quinto objetivo a alcanzar por los Principios UNIDROIT es facilitar la interpretación de la Ley nacional aplicable al caso establecidas por las correspondientes normas de Derecho Internacional Privado del concreto Estado. En definitiva ayudar a la interpretación del Derecho que va a regular el contrato; en la mayoría de los casos los árbitros han recurrido a los Principios UNIDROIT para aclarar conceptos específicos¹⁰⁵.

¹⁰² *Ibidem*

¹⁰³ *Ibidem*

¹⁰⁴ PABLO-ROMERO GIL-DELGADO., María Concepción., “Avances en la aplicación de los Principios UNIDROIT...”, op. cit., pp. 259-260.

¹⁰⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 575; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p.513; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 55. De igual forma PABLO-ROMERO GIL-DELGADO., María Concepción., “Avances en la aplicación de los Principios UNIDROIT...”, op. cit., p. 260 “No tratándose de normas imperativas, en la práctica actual, los Principios han sido utilizados con bastante frecuencia para interpretar o integrar lagunas en el Derecho nacional. Y en muchos de estos casos las cuestiones litigiosas lo eran de carácter interno y no internacional...” Compartimos la opinión de esta autora al entender que la normativa interna debe ir en consonancia con la internacional. Como indica esta profesora en su nota al pie número 25 “En la base de datos UNILEX se recogen 179 casos, de los cuales 70 son decisiones arbitrales y 109 son decisiones judiciales, y entre ellas 25 de decisiones judiciales reflejan que las soluciones previstas en las normas nacionales están en consonancia con las normas internacionales. Por otra parte, en 49 decisiones judiciales los principios han servido para interpretar o integrar el derecho nacional”.

¹⁰⁵ *Ibidem*

El sexto objetivo sería fortalecer la interpretación que un determinado ordenamiento nacional da sobre el contrato internacional¹⁰⁶.

En séptimo lugar, uno de los objetivos más alcanzado en la práctica por los Principios UNIDROIT es la labor de complemento que pueden realizar en relación con las posibles lagunas existentes en una normativa nacional o en una normativa uniforme aplicable a un determinado contrato internacional¹⁰⁷.

En octavo y último lugar, los Principios UNIDROIT podrán servir como equilibrio en el “arbitraje comercial de equidad”¹⁰⁸.

Como hemos mencionado anteriormente los Principios UNIDROIT de 2010 constan de 11 capítulos. El Capítulo 9 es el encargado de regular la cesión de créditos, concretamente se corresponde con los artículos 9.1.1 a 9.1.15.

En concreto en el artículo 9.1.1 de los Principios UNIDROIT se establece la definición de lo que debe entenderse por cesión de créditos¹⁰⁹. El propio artículo establece que la citada legislación sólo será aplicable en el caso de transferencias convencionales y no para los supuestos en los que la transferencia viene impuesta por la Ley, tampoco será aplicable en el supuesto de los ordenamientos que admiten las transferencias de créditos unilaterales en las que no es necesaria la participación del cesionario¹¹⁰.

Una importante novedad de los Principios UNIDROIT en relación con nuestra legislación es la noción amplia de cesión de créditos, puesto que por cesión de créditos no sólo entiende la transferencia de dinero del cedente al cesionario sino que también

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸ *Ibidem*

¹⁰⁹ “Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales...”, op. cit., p. 278. No introduce nada nuevo con respecto a nuestra legislación salvo que introduce de forma expresa el concepto de “transferencia a modo de garantía”, la noción es la siguiente: “Transferencia mediante el acuerdo de una persona (el <<cedente>>) a otra (el <<cesionario>>) de un derecho a un pago de una suma de dinero u otra prestación a cargo de un tercero (el <<deudor>>), incluyendo una transferencia a modo de garantía”. Lo mismo sucede con la noción de transferencia, al entender que la misma se producirá cuando el activo pasa del cedente al cesionario, como hemos mencionado anteriormente tendrán cabida en este supuesto las cesiones con fines de garantía.

¹¹⁰ *Ibidem*

incluye “la transferencia de créditos de otras categorías de prestaciones”, tendrían cabida dentro de este supuesto las prestaciones de servicios¹¹¹.

En segundo lugar, en el artículo 9.1.2 se establecen las correspondientes exclusiones. El articulado no será aplicable a determinados supuestos que tengan que ser objeto de estudio por normativa más específica, es lo que sucede con los títulos de crédito regulados por la vía del endoso o entrega del documento (letras de cambio), títulos representativos de dominio (conocimientos de embarque o resguardos de depósito) o instrumentos financieros. Lo anterior no impide que sí puedan aplicarse las reglas contenidas en los Principios UNIDROIT para el supuesto en el que las legislaciones correspondientes entiendan los supuestos anteriores como un caso de cesión ordinaria¹¹².

También quedarán excluidas de la citada regulación para el supuesto de transferencia de empresa (fusiones de empresas) sí podrán aplicarse los citados principios a los créditos cedidos individualmente¹¹³.

En tercer lugar, el artículo 9.1.3 establece el ámbito de aplicación material de los citados principios; como hemos mencionado anteriormente existe la posibilidad de cesión de créditos con objeto distinto a una prestación dineraria, estamos haciendo referencia a los supuestos en los que el objeto de la cesión es una prestación de servicios, el artículo 9.1.3 establece expresamente que este supuesto sólo será válido cuando la cesión de la prestación no la convierta en una obligación más onerosa para el deudor¹¹⁴.

En cuarto lugar se admite la posibilidad de una cesión especial, en concreto el artículo 9.1.4 regula expresamente la “cesión parcial de créditos”, regula tanto los supuestos de cesión parcial de créditos dinerarios como los supuestos de cesiones de parciales de créditos relativos a prestaciones no dinerarias siempre y cuando la

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² *Ibidem*, p. 277.

¹¹³ *Ibidem*

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 277. Podemos comprobar como el Leitmotiv de los Principios UNIDROIT coincide con el de nuestra legislación: el contrato de cesión de créditos no debe implicar agravar la situación jurídica del deudor en relación con el contrato originario.

prestación pueda ser divisible y la transmisión no convierta en más onerosa la prestación del deudor¹¹⁵.

En quinto lugar, podemos encontrarnos de nuevo una importante novedad en relación con nuestra actual legislación al admitirse una posible cesión de créditos futuros¹¹⁶, el artículo 9.1.5 establece de forma expresa que un crédito futuro debe considerarse que ha sido cedido en el momento de celebrarse el acuerdo, siempre y cuando llegue a existir y por ello pueda identificarse como objeto del correspondiente contrato de cesión¹¹⁷; en todo caso el crédito siempre ha de ser determinable con independencia del momento en el que se concrete. Por todo ello, la cesión de créditos futuros podrá tener efectos retroactivos, es decir una vez que ya ha nacido el crédito los efectos se pueden retrotraer al momento en el que se concluyó el acuerdo de cesión¹¹⁸.

En sexto lugar, el artículo 9.1.6 recoge los supuestos de “créditos cedidos sin especificación individual”. Se establece que podrán cederse los créditos de forma global siempre y cuando en el momento de realizarse la cesión existan y puedan identificarse como objeto del correspondiente contrato de cesión¹¹⁹.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 279, en todo caso los costes adicionales en que incurra el deudor derivado de las correspondientes ejecuciones parciales deberán ser compensados de conformidad con lo establecido en el artículo 9.1.8: “El deudor tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o el cesionario por todos los costes adicionales causados por la cesión”. Nos encontramos con que el artículo 9.1.4 será la antesala de nuestra nueva legislación puesto que la necesaria agilidad de las transacciones comerciales y en nuestro caso de los créditos exige la admisión de cesiones parciales de créditos. En relación con nuestro ordenamiento jurídico, como explicaremos posteriormente en este capítulo, las cesiones parciales de créditos por fin serán reconocidas en el artículo 450 apartado segundo.

¹¹⁶ Como explicaremos a lo largo de este capítulo, la admisión de cesión de créditos futuros se reconoce en el artículo 450-2: “La cesión podrá tener por objeto uno o más créditos existentes o futuros, en su totalidad o en parte, siempre que sean identificables”. Como indicábamos en la nota al pie anterior, las necesidades del tráfico hacían necesaria esta reforma.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 280. Los Principios UNIDROIT entienden por crédito futuro no sólo aquel crédito que nacerá en el “futuro” sino que también tendrán cabida en este supuesto los créditos ya nacidos (créditos presentes) pero cuya ejecución se realizará en el futuro.

¹¹⁸ *Ibidem*, 280.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 281. Aunque será objeto de estudio en un capítulo anterior, podemos adelantar que este supuesto está pensado para el supuesto de cesiones de “paquetes” o conjuntos de créditos entre empresas e incluso los supuestos en los que una empresa cede sus créditos a una empresa de *factoring* para que ésta sea la encargada de cobrarlos. En estos casos sería muy gravoso para la empresa realizar el cobro de los créditos de forma individual, el único requisito exigido para la cesión de créditos de forma conjunta es que exista una “identificación global que permita reconocer cada uno de los créditos cedidos como objeto de la cesión”. En el caso de créditos existentes o presentes deberán ser identificados en el momento de conclusión del acuerdo o convenio de cesión; para el supuesto de créditos futuros deberán identificarse cuando los créditos lleguen a existir. De nuevo nos encontramos con un supuesto recogido en el artículo 450-2 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil al indicar que la cesión “podrá tener por objeto uno o más créditos existentes o futuros”. Los legisladores españoles por fin se dan cuenta de la necesidad de igualar la legislación interna con la internacional.

En séptimo lugar, el artículo 9.1.7 indica los requisitos exigidos entre el cedente y el cesionario para que el acuerdo de cesión se considere válido. Se entiende que la cesión será válida con la simple existencia de convenio entre el cedente y el cesionario, no siendo necesario (al igual que sucede en nuestra legislación) el consentimiento del deudor salvo que lo que se transmita sea una obligación estrictamente personal¹²⁰. La cesión será válida cuando los créditos sean transferidos del activo del cedente al activo del cesionario luego no se exigen requisitos específicos en cuanto a la forma se refiere. En todo caso lo anterior puede tener una excepción de cara a la protección de los derechos adquiridos por los terceros, puesto que podrán aplicarse las normas imperativas de la correspondiente normativa aplicable al caso¹²¹. La notificación al deudor también será imprescindible en los supuestos en los que en el contrato de cesión exista una cláusula de “no transferencia” realizado entre el cedente y el cesionario con independencia de que no nos encontremos ante una obligación estrictamente personal¹²².

En octavo lugar, el artículo 9.1.8 analiza los supuestos en los que el deudor tiene costes adicionales derivado de la transmisión del crédito. El deudor tendrá derecho a que se le indemnice por los posibles costes adicionales que le suponga ejecutar la obligación derivado del cambio de la figura jurídica del acreedor¹²³. El deudor podrá reclamar tanto al cedente como al cesionario; lo más normal será la reclamación ante el cesionario en el supuesto de reclamaciones dinerarias. La indemnización también podrá darse en los supuestos de cesiones parciales. Sin embargo, la indemnización recibida por el deudor no será suficiente en dos casos establecidos en los artículos 9.1.3 y 9.1.4 respectivamente: en primer lugar se entiende que la cesión de un derecho a la ejecución de una prestación no monetaria no podrá realizarse cuando la cesión convierta a la prestación en más onerosa. En segundo lugar sucederá lo mismo con la cesión parcial de

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 282-283. En este caso estamos haciendo referencia a los supuestos en los que el crédito ha sido concedido por el deudor en atención a las especiales características de la persona del acreedor.

¹²¹ Los derechos del deudor y los terceros (sucesivos cesionarios) serán objeto de análisis por los artículos 9.1.10 y 9.1.11. De nuevo se vuelve a hacer hincapié en que la notificación al deudor no es requisito imprescindible para que la misma sea válida.

¹²² *Ibidem*, p. 284.

¹²³ Por ende, a semejanza de lo que ocurre con nuestro ordenamiento jurídico se debe garantizar el principio de protección del deudor, así pues su posición jurídica no podrá agravarse por el hecho de cambio de acreedor, si así fuera será necesaria la correspondiente indemnización.

un derecho con ejecución de una prestación no dineraria, la ejecución no podrá realizarse cuando esta convierta a la prestación en más gravosa¹²⁴.

En noveno lugar el artículo 9.1.9 establece las cláusulas en virtud de las cuales las partes establecen un pacto de prohibición de cesión. Acontece en los supuestos en los que el acreedor originario (cedente) y el deudor pactan por voluntad del segundo en el contrato de crédito la no cesión de los mismos a un acreedor secundario o cesionario. Si pese a la existencia de ese pacto el cedente transmite el crédito tendremos que equiparar los derechos de las partes intervinientes, puesto que por un lado el deudor podrá sufrir una “merma” en sus derechos contractuales y de otro el cesionario deberá quedar protegido igualmente, si entendemos la cesión de créditos como un posible medio de financiación. Así pues, la normativa plantea la necesidad de diferenciar los dos tipos de cesiones: Las cesiones monetarias y las no monetarias o incluso aquellas que derivan de otro tipo de prestaciones¹²⁵.

En el caso de que el crédito sea dinerario los Principios UNIDROIT dan preferencia a la función de financiación de la cesión de créditos y por ende protegen al cedente y al cesionario frente al deudor, se entenderá que la cesión es válida y eficaz; otra cosa distinta es que el cedente realizara cualquier otro tipo de incumplimiento contractual, en ese caso sí debería responder frente al deudor¹²⁶.

Por el contrario cuando nos encontremos ante una prestación no dineraria la transferencia del crédito del cedente al cesionario supondrá la nulidad de la misma siempre y cuando el cesionario tuviera conocimiento de la existencia de la cláusula de no cesión en el contrato. Por el contrario si el cesionario no tuvo conocimiento de la existencia de la citada cláusula “ni debiera haber conocido”; la transferencia será válida y tanto el cesionario como el deudor podrán reclamar al cedente¹²⁷.

En décimo lugar, en el artículo 9.1.10 los Principios UNIDROIT se encargan de regular la figura jurídica de la notificación al deudor. A semejanza de lo que ocurre con nuestra normativa interna, el deudor quedará liberado de su obligación cuando pague al

¹²⁴ *Ibidem*, p. 285.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 286.

¹²⁶ *Ibidem*

¹²⁷ *Ibidem*, p. 287.

cedente con independencia de que el crédito haya sido transferido al cesionario siempre y cuando no hubiera tenido conocimiento de la cesión por ninguna de las dos partes implicadas. En este caso el cesionario podría reclamar el pago al cedente. Por el contrario, el deudor no quedará liberado del pago realizado al cesionario si tuvo conocimiento de la cesión. La finalidad de este artículo es garantizar el conocimiento de la cesión al deudor, la solución es lógica derivado del sector en el que se mueven las partes, la contratación internacional. Por otro lado debemos tener en cuenta que el deudor de mala fe deberá responder de los daños y perjuicios causados a las partes implicadas¹²⁸.

El artículo 9.1.10 se está refiriendo a los supuestos de “cesión silenciosa”; se trata del pacto que realizan el cedente y el cesionario de no notificar la cesión al deudor, dicha posibilidad es admitida y el deudor quedará liberado de su obligación si realiza el pago a favor del cedente¹²⁹.

El concepto de notificación deberá entenderse en un sentido amplio, lo cual implica que el deudor deberá tener conocimiento de la misma así como de la identidad del cesionario y las características del crédito cedido, además en los supuestos en los que se hubiera realizado una cesión parcial deberá conocerse la “parte proporcional” de la cesión. Es independiente quien debe realizar la cesión, sin embargo la persona más interesada en que el deudor conozca la transferencia será el cesionario, en todo caso el deudor podrá pedir al cesionario “prueba suficiente” de la cesión. La notificación puede realizarse en cualquier momento aunque lo más lógico será que se realice inmediatamente después de que se realice el convenio de cesión. La notificación podrá ser revocada cuando el contrato de transmisión del crédito no sea válido o cuando se hubiera producido una cesión con finalidad de garantía y ésta ya no fuera necesaria¹³⁰.

El artículo 9 en su apartado 1.11 admite la posibilidad de cesiones sucesivas, se producen cuando el cedente transfiere el crédito a dos o más cesionarios sucesivos, en estos casos el deudor quedará liberado del pago realizado en función del orden en que recibió las notificaciones. Es decir, tendrá preferencia de cobro el cesionario que ha

¹²⁸ *Ibidem*, p. 288.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 289

¹³⁰ *Ibidem*

realizado la primera notificación, el resto de cesionarios tendrán un derecho de repetición frente al cedente. Si por el contrario el deudor no ha tenido conocimiento de la cesión del crédito quedará liberado por el pago realizado al cedente¹³¹.

El artículo 9.1.12 establece que el cesionario deberá aportar al deudor “prueba adecuada de la cesión”, el deudor podrá “suspender el pago” de la obligación hasta que el cesionario no acredite la misma a través de los medios adecuados; la notificación producirá efectos a partir del momento en que se aporte la prueba. Se entiende por “prueba adecuada” cualquier escrito del cedente indicando que ha realizado la cesión del crédito al concreto cesionario¹³².

El artículo 9.1.13 regula el derecho de compensación del deudor y las excepciones que podrá oponer, es decir los medios de defensa. El deudor podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que tenía en relación con el cedente; lo mismo sucede con el derecho de compensación pero en este caso sólo podrá compensar las deudas que tuviera antes de producirse la notificación¹³³.

El penúltimo artículo a analizar en cuanto a nuestro objeto de estudio es el 9.1.14 de los Principios UNIDROIT, en el se regulan los derechos que el cedente transfiere al cesionario, se entiende que con la transmisión del crédito el cedente transmitirá al cesionario el derecho de pago o cualquier otra prestación derivada del crédito y por ello del concreto contrato, además se transfieren todos los derechos de defensa al igual que todos los derechos que garanticen el cumplimiento de la obligación de crédito¹³⁴.

En el supuesto en el que nos encontremos ante una cesión parcial, tenemos que diferenciar si los derechos de crédito son divisibles o no. Si los derechos son divisibles se transmitirán en la concreta proporción, si por el contrario los derechos no son divisibles serán las partes las que deban decidir si se transfieren al patrimonio del cedente o al del cesionario. Siempre se podrá realizar un pacto en contrario¹³⁵. El

¹³¹ *Ibidem*, p. 290.

¹³² *Ibidem*, p. 291.

¹³³ *Ibidem*, p. 292.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 293.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 294. En ocasiones las partes pactan una “cesión autónoma de intereses”.

cedente a lo largo de todo el procedimiento tendrá el deber de cooperar con el cesionario de cara a garantizarle todos los derechos accesorios y todas las garantías¹³⁶.

El último artículo a analizar es el 9.1.15 donde se regulan las obligaciones del cedente, son las siguientes¹³⁷: en primer lugar, el cedente (salvo pacto en contrario) deberá garantizar la existencia del crédito al tiempo de la cesión (con la excepción de la cesión de créditos futuros), en segundo lugar deberá garantizar que está facultado para ceder el crédito (el crédito no podrá cederse en el supuesto de que existieran prohibiciones contractuales o legales); en tercer lugar deberá garantizar que el crédito no ha sido cedido a otro u otros cesionarios y que se encuentra libre de cualquier gravamen e incluso que terceros sujetos no tienen sobre el ningún derecho; en cuarto lugar el cedente deberá garantizar los mismos medios de defensa en relación con el deudor, en quinto lugar el cedente quedará obligado con respecto al cesionario del hecho de que ni cedente ni deudor han notificado la compensación que afectara a los créditos cedidos; en sexto lugar y último lugar el cedente deberá rembolsar el posible pago que le hubiera realizado el deudor antes de ser notificada la cesión¹³⁸.

Una vez analizadas las características de los Principios UNIDROIT en relación a la cesión de créditos y sus posibles fines u objetivos terminaremos su estudio con el análisis de las posibles críticas¹³⁹:

En primer lugar podemos afirmar que los citados principios desencadenan soluciones más teóricas que prácticas derivado de su origen, los Principios UNIDROIT no son elaborados por los operadores del comercio internacional, -los propios comerciantes como sucedía con la “Nueva *Lex Mercatoria*”- sino que son elaborados por los estudiosos del derecho, los profesores. Lo anterior nos lleva a compartir la posición del sector doctrinal que entiende que nos encontramos ante un “*Ius Professorum* y no ante un *Ius Mercatorum*”, luego los principios están impregnados de un elevado “carácter doctrinal y académico” y por ello de poca aplicación práctica¹⁴⁰.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 295.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 295 a 298.

¹³⁸ *Ibidem*

¹³⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 575; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p.513; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 55.

¹⁴⁰ *Ibidem*

En segundo lugar y resultado de lo anterior, podemos afirmar que los Principios UNIDROIT son extraídos de las Leyes nacionales y de determinados Convenios Internacionales puesto que como hemos indicado anteriormente no son elaborados por los comerciantes, los verdaderos operadores del comercio internacional sino que son elaborados por los “conocedores teóricos del derecho”, así su contenido está elaborado tras la comparación de los diferentes Leyes nacionales y no del análisis de la práctica internacional, muy difícilmente podrán responder así a las necesidades del tráfico y comercio internacional¹⁴¹.

1.4 *Principles of European Contract Law* o Principios del Derecho Europeo de los contratos (PECL)

Los Principios UNIDROIT y la teoría de la *Lex Mercatoria*, así como los Principios del Derecho Europeo de los contratos (PECL) y el *Draft Common Frame of Reference* son los mecanismos utilizados por la comunidad jurídica global para conseguir la tan ansiada unificación del Derecho de los contratos y en último extremo conseguir un Código Civil Europeo¹⁴².

Los PECL surgen derivado de los hechos anteriores, al igual que sucedía con los Principios UNIDROIT, los PECL son elaborados por una organización intergubernamental ya que son fruto de los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, son elaborados por un grupo de juristas pertenecientes a varios países de la Unión Europea, el presidente de los citados

¹⁴¹ *Ibidem*, de igual forma Vid. ILLESCAS ORTIZ, Rafael Y PERALES VISCASILLAS, Pilar., *Derecho Mercantil Internacional y el Derecho Uniforme*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003, pp 79-89.

¹⁴² SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada., “La unificación del Derecho Privado Europeo...”, op. cit., p. 252. La mayoría de la doctrina entiende que los PECL constituyen el “Código Civil europeo”, estaríamos en presencia de una serie de “principios generales o *standards* extraídos muchos de ellos de la CVIM, que no responden a criterios comunes de los Derechos de los Estados europeos, pues tales sistemas legales difieren en gran medida unos de otros. Pero en definitiva, proporcionan un cuerpo legal sistemático aplicable a los contratos internacionales en general. Los PECL a diferencia de los Principios UNIDROIT, han sido aplicados en muy escasas ocasiones”: Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...* vol. II, op. cit., p. 575; ID., “Contratos Internacionales (I)...”, op. cit., p.513; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, op. cit., p. 57.

principios será el Profesor Ole LANDO¹⁴³. Son redactados por el Instituto de Derecho Americano (*American Law Institute*) tras más de quince años de trabajo se publica la primera edición en 1995, posteriormente se realiza una segunda versión (2008) dividida en dos partes (Parte I y Parte II) así como una Parte III aprobada en Copenhague en 2001¹⁴⁴.

Nos encontramos ante una iniciativa legislativa privada financiada extraoficialmente por la Comisión Europea con la finalidad de unificar en el ámbito comunitario el Derecho de los contratos¹⁴⁵.

En cuanto a la forma que adoptan los PECL podemos afirmar que se asemejan en gran medida a las “*restatements* americanas¹⁴⁶” al igual que en otras ocasiones se atisban visos de semejanza tanto con la CVIM y con los Principios UNIDROIT¹⁴⁷.

¹⁴³ Vid. LANDO Ole y BEALE Hugo., “Comisión de Derecho Contractual Europeo”, Parte III, Madrid, *Colegios Notariales de España*, 2007, 403 p.; de igual forma Vid. DÍEZ PICAZO Luis, ROCA TRÍAS E. Y MORALES A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 2002, 529 p.; GONZÁLEZ PACANOWSKA Isabel, *Los Principios Lando. Derecho contractual europeo*, Madrid, Bosch, 2009, pp. 179 y ss; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada., “La unificación del Derecho Privado Europeo...”, op. cit., pp. 252 y ss entre otros.

¹⁴⁴ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada., “La unificación del Derecho Privado Europeo...”, op. cit., p. 253, la demora en la elaboración de los PECL es evidente y latente en la doctrina: “Después de muchos años de trabajo en 1995 se publicaron por primera vez, en cuyo prólogo se describe minuciosamente el método de trabajo y los miembros que conforman la Comisión. El volumen constaba de un resumen introductorio de los objetivos que se persiguen con los “Principios” y sobre su contenido, al que siguen 59 artículos en los que se fijan por escrito dichos principios. En una sección separada se comenta cada uno de los artículos, como regla con indicaciones de derecho comparado. Su redacción es en lengua inglesa, y de cada artículo se contiene una traducción libre al francés”. Llegados a este punto y a pesar de que se avanzará en posteriores ocasiones de forma más rigurosa podemos avanzar que en relación a nuestro objeto de estudio, la cesión de créditos tendremos que analizar la Parte III en concreto el capítulo 11.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 256. De nuevo la doctrina se hace eco de que la pretenciosa finalidad y los posibles beneficios de los PECL: alcanzar un la uniformidad de la materia contractual en el ámbito comunitario y como no el consabido “Código Civil Europeo”: “Estos principios pretender constituir un primer paso en la codificación europea en materia contractual (lo que para algunos no deja de ser paradójico) y constituyen el fruto de una ingente actividad comparatista que se traduce en la formulación de una serie de preceptos de nuevo cuño independientes del Derecho de cada uno de los Estados miembros. En efecto, su objetivo es tratar de constituir el núcleo común en Europa del derecho de los contratos de todos los Estados miembros de la Unión Europea hallado a través de la técnica de estudio del Derecho comparado y aproximación de las diferencias y tensiones existentes entre los sistemas jurídicos continental y anglosajón. Y es que el logro de estos principios comunes en Europa ha exigido en cierta medida y en gran parte una renuncia a las particularidades jurídicas propias de cada uno de los Estados miembros para la aproximación de los sistemas jurídicos anglosajón y continental, cuyas diferencias, en la mayoría de los casos, son más lingüísticas que de otra índole”. Para un análisis más detallado de la cuestión Vid. REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia el nuevo *ius commune*” en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, Fascículo IV, octubre-diciembre, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2010, pp. 1656-1659.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada., “La unificación del Derecho Privado Europeo...”, op. cit., p. 256; los PECL se asemejan en gran medida al Código de Comercio estadounidense en el que existe un *restatements* para cada área de Derecho. Los principios PECL están formados por distintas

Los PECL regulan la “formación, validez, interpretación, contenido, efectos, responsabilidad contractual, incumplimiento, remedios del incumplimiento y la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes¹⁴⁸”, quedarán fuera de la regulación las cuestiones sujetas al derecho privado como son las relaciones de familia¹⁴⁹.

En líneas generales nos encontramos ante principios que establecen “normas dispositivas” y “no imperativas”¹⁵⁰, la redacción esta basada en la casuística. Entre los principales principios a tener en cuenta destacan principios esenciales para garantizar la buena práctica comercial como son: principio de la buena fe y lealtad en la contratación, la causa ya no sería un elemento esencial del contrato, se unifican los motivos de incumplimiento y se abaratan los costes del mismo. El problema estriba en que nos encontramos ante una regulación sumamente parcial y fragmentaria que adolece de una sistemática apropiada¹⁵¹.

Si antes indicábamos que los PECL tenían grandes semejanzas con los Principios UNIDROIT también se puede afirmar lo contrario en determinados supuestos: los PECL a diferencia de los Principios UNIDROIT intentan elaborar un derecho privado europeo común a comerciantes y a no comerciantes, lo anterior se lleva a cabo haciendo desaparecer la “dualidad entre materia civil y mercantil” al entender en las dos ramas jurídicas existen los mismos problemas en el ámbito contractual. Lo anterior no se

pequeñas reglas con ilustraciones (supuestos prácticos ejemplificativos) junto con anotaciones o comentarios derivados de la aplicación de las correspondientes normativas nacionales, en definitiva derecho comparado.

¹⁴⁷ De nuevo observamos la interrelación existente entre los diferentes elementos jurídicos y una vez más se deja constancia por la doctrina de la enorme importancia práctica que la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 supuso para el comercio internacional y en concreto para la compraventa internacional de mercaderías.

¹⁴⁸ DÍEZ PICAZO Luis., ROCA TRÍAS E. Y MORALES A.M., *Los Principios del Derecho Europeo...*, op. cit. pp. 187 y ss.

¹⁴⁹ Las anteriores cuestiones son las materias objeto de estudio en la Parte I y II, posteriormente analizaremos la Parte III la cual se encarga de abordar nuestra materia, la cesión de créditos.

¹⁵⁰ Al igual que sucedía con las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” y los Principios UNIDROIT, para que sean aplicables al contrato de cesión de créditos deberán ser recogidos en el mismo de forma expresas por las partes.

¹⁵¹ Entendemos que los principios son fragmentarios y sectoriales puesto que abandonan el estudio de cuestiones muy importantes en el ámbito comercial internacional como es la responsabilidad extracontractual, contratos que se realizan en el ámbito privado o familiar (matrimonio contractual) e incluso los Derechos reales que provengan de una relación contractual; en definitiva simplemente regulan los supuestos estrictamente contractuales. De igual forma SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada., “La unificación del Derecho Privado Europeo...”, op. cit., p. 258.

respeto en los Principios UNIDROIT pues sólo van dirigidos a resolver los problemas que se pudieran plantear en el ámbito internacional entre comerciantes. Otra diferencia entre ellos estriba en que los PECL son principios de ámbito europeo a diferencia de los Principios UNIDROIT destinados a resolver los litigios entre comerciantes o no comerciantes en el ámbito internacional con independencia de que el país sea o no comunitario, luego los PECL serán independientes de los Principios UNIDROIT¹⁵².

En los PECL (al igual que sucedía con las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” o con los Principios UNIDROIT) nos encontramos con principios a disposición de las partes, los árbitros y los propios jueces, trata de ser una regulación independiente de las legislaciones nacionales puesto que, en relación con las partes intervinientes en el contrato los PECL podrán servir de base a la redacción o ejecución de los mismos o incluso podrán servir como complemento de la regulación expresamente designada por ellas. De otro lado los árbitros y los jueces podrán tener en cuenta los PECL de cara a la resolución de las controversias cuando las citadas instancias resuelvan un litigio con elemento transnacional; sin embargo en otras ocasiones también sirven de complemento de las normativas nacionales o suplen una laguna concreta y en último extremo puede suceder que se deba “aplicar una legislación extranjera en la que ha de tener en cuenta y valorarse los principios generales subyacentes que están detrás del particularismo jurídico propio de cada legislación nacional aplicable¹⁵³”.

Como una crítica que subyace en los PECL es que el objetivo de los citados principios es cuanto menos “ambicioso”: se pretende que sirva de “modelo” a los legisladores comunitarios a la hora de elaborar nuevas normativas o en caso de modificación de las ya existentes. En relación a las normativas nacionales un ejemplo de lo anterior lo encontramos en Alemania¹⁵⁴, Holanda¹⁵⁵ y Japón¹⁵⁶, lo mismo ha sucedido

¹⁵² *Ibidem*, p. 259.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 260; en definitiva “los PECL logran consolidar su aplicación práctica por la vía consuetudinaria”. En este momento vemos las semejanzas entre los Principios UNIDROIT, las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” y los PECL, son principios dispositivos para las partes o los árbitros y en la mayoría de los casos sirven como complemento del contrato o incluso en ocasiones para completar lagunas.

¹⁵⁴ *Ibidem*, el BGB alemán ha sido modernizado teniendo en cuenta los PECL así como la CVIM en relación a la parte general del derecho de obligaciones y en relación al contrato de compraventa; de igual modo las referencias a los Principios UNIDROIT pueden observarse en la regulación que los mismos hacen de la compraventa internacional de mercaderías. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. INFANTE RUIZ, J., “Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución”, *RdPat*, 2002-1, núm. 8, pp. 153-171;

con Italia con el proyecto GANDOLFI. Mayores problemas presenta el caso español derivado de la existencia de una pluralidad de derechos forales y de una dualidad en la regulación del derecho de obligaciones dependiendo del ámbito civil o mercantil. Desde esta perspectiva el legislador comunitario intenta limitar las diferencias entre los diferentes regímenes nacionales que obstaculizan la uniformidad del Derecho contractual europeo¹⁵⁷.

Aunque la doctrina más autorizada entiende que el contenido de la Parte III de los PECL simplemente “completa las Partes I y II en aquellos aspectos no contemplados y que se estimaban esenciales en la regulación moderna de las obligaciones y contratos¹⁵⁸”. En la tercera parte se regulan los supuestos de pluralidad de acreedores y deudores, cesión de créditos, asunción de deuda y cesión de contrato, compensación prescripción, los efectos de la ilegalidad del contrato y las condiciones, por último se regula la capitalización de intereses¹⁵⁹.

En relación a nuestro objeto de estudio, la cesión de créditos, será desarrollada dentro del capítulo 11 de los PECL bajo la rúbrica “cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos”. Podemos afirmar en líneas generales que no varía sustancialmente en relación con nuestra legislación interna. Con el concepto de crédito los PECL se refieren al “cumplimiento de una obligación”. De la definición del concepto de crédito proporcionada por los PECL se entiende que no tendrá cabida los siguientes conceptos: no cubre las propiedades y en su caso las transmisiones de bienes muebles o inmuebles o el supuesto de la propiedad intelectual. Tampoco tendrán cabida

EIRANOVA ENCINAS, Emilio., *Comentarios al Código Civil alemán*, Madrid, Marcial Pons, 1998, 720 p.

¹⁵⁵ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada., “La unificación del Derecho Privado Europeo...”, op. cit., p. 260: El nuevo código holandés de 1992 ha actualizado a la normativa comunitaria su derecho de obligaciones y contratos.

¹⁵⁶ Domingo, Rafael y Hayasii, Nobuo., *Código Civil Japonés*, Marcial Pons, 2006, 570 p.

¹⁵⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada., “La unificación del Derecho Privado Europeo...”, op. cit., p. 262.

¹⁵⁸ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual europeo, Parte III, ed., española por BARRES BENLLOCH, Pilar., EMBID IRUJO, José Miguel., MARTÍNEZ SANZ, Fernando., Madrid, Colegios Notariales de España, 2007, p. 7.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 7-8: Compartimos la opinión de los citados autores al entender que la Comisión en determinadas materias ha sido demasiado escueta en su regulación como sucede con el supuesto de la ilegalidad y en el caso de la capitalización de intereses (sólo existe un artículo) a diferencia de lo que sucede en otros supuestos como en el caso de la prescripción en el que la regulación es “milimétrica” lo anterior sólo tiene explicación si entendemos que el texto final pretendía ser mucho más extenso de lo que finalmente fue. La Comisión no quería abarcar materias fuera de su alcance, en esta ocasión se convierte en legislador cosa que ocurre en pocas ocasiones.

en este supuesto las transmisiones de los derechos referidos al ámbito privado, sólo podrán regularse los derechos referidos al cumplimiento de obligaciones¹⁶⁰. En todo caso estarán fuera de la regulación: Los derechos de propiedad, los derechos procesales, el derecho a la protección de los créditos (como la posibilidad de rescindir el contrato); derechos estrictamente personales, en definitiva derechos derivados del ámbito familiar¹⁶¹.

El crédito será definido como “la contrapartida a la obligación de pago-cumplimiento”; luego los PECL se aplicarán a “todo el derecho de obligaciones en sentido amplio”. Lo importante no será el origen del crédito, éste podrá ser un contrato o una norma concreta o incluso cualquier otra prestación que origine el derecho de crédito (como puede suceder con la entrega de las mercancías o las prestaciones de servicios); incluso la obligación cuyo cumplimiento se exige puede consistir en una obligación de no hacer. Se admitirá de igual manera la cesión de créditos individuales o colectivos, presentes o futuros.¹⁶²

Como hemos avanzado en las líneas precedentes la posibilidad de transmitir el crédito resulta imprescindible por las necesidades del comercio. En todo caso el capítulo 11 de los PECL no regula sólo la cesión de créditos, sino que regula otras figuras igualmente necesarias en el tráfico mercantil internacional como son “el otorgamiento de otras garantías de créditos por medio de figuras distintas a la cesión¹⁶³”.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹⁶¹ *Ibidem*

¹⁶² *Ibidem*, p. 36 a diferencia de lo que sucede con nuestro ordenamiento donde sólo se admite la posibilidad de cesión de créditos individuales y con origen en un contrato (dentro del concepto de cesión de créditos español no cabe la posibilidad de admisión de aquellos créditos con origen en prestaciones de servicios); tampoco se admite en nuestra actual normativa (no sucede así con el Proyecto de Código Mercantil, objeto de estudio en posteriores páginas) la cesión de créditos futuros y colectivos.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 42. Lo anterior es lógico derivado de “las consideraciones de política legislativa que se aplican al otorgamiento de garantías sobre créditos por vías distintas a la cesión son similares a las que se refieren a la cesión de créditos, lo que se reconoce en numerosos convenios internacionales”. Podemos concluir que las garantías diferentes a la propia figura de la cesión también vienen determinadas por la posibilidad de existencia de un Código Civil a escala europea que regule por separada la cesión de los bienes muebles. En todo caso las normas del capítulo 11 sólo podrán aplicarse en el caso de las garantías que no impliquen la cesión propiamente dicha con las modificaciones introducidas por las correspondientes normativas nacionales (un ejemplo de lo anterior lo encontraríamos en relación con la forma, los requisitos de registro y de inscripción de determinadas cesiones, los efectos, la prelación de créditos....)

A continuación mencionaremos brevemente la estructura del capítulo 11 en relación con el contrato de cesión de créditos para posteriormente realizar un análisis más pormenorizado del articulado en concreto.

La Sección Primera será la encargada de regular la cesión de créditos¹⁶⁴. La estructura seguida por los PECL es la siguiente:

La Sección Primera del capítulo regula los principios generales que se aplicarán a todas las cesiones en general: se indica en primer lugar que los créditos objeto de cesión serán los créditos derivados de un contrato, en segundo lugar se indica que también podrán cederse los créditos futuros, en tercer lugar se admite la posibilidad de cesiones parciales de créditos. En todo caso el cedente responderá del posible incremento de costes que lo anterior ocasiona al deudor¹⁶⁵, en último lugar se establece que no serán necesarios requisitos específicos de forma para que la cesión se realice (artículos 11:102-11:104)¹⁶⁶.

La sección segunda del capítulo 11 de los PECL regula en líneas generales los efectos de la cesión entre el cedente y el cesionario. Regula entre otras cuestiones: El momento en que empieza a surtir efectos la cesión, el alcance de la cesión, las obligaciones del cedente (debe garantizar la cesión del crédito y que sea exigible en el momento de la cesión, así se desprende de la lectura de los artículos 11:201 a 11:204). De la lectura de los PECL se desprende que la cesión será válida y por lo tanto eficaz entre el cedente y el cesionario cuando la misma sea “ineficaz contra el deudor” (artículo 11:203)¹⁶⁷.

La sección tercera será la encargada de regular los efectos de la cesión entre el cesionario y el deudor¹⁶⁸. Se regulan los supuestos en los que las cesiones no son

¹⁶⁴ Vid. “PECL sobre los contratos comerciales internacionales”, versión española dirigida por GARRO Alejandro, *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* (UNIDROIT), Roma, 2004, p. 277.

¹⁶⁵ A semejanza de lo que ocurre en nuestra normativa y de la misma forma que sucedía con los Principios UNIDROIT existe la necesidad de protección al deudor; por lo tanto la posición jurídica del deudor no puede verse agravada por el hecho de la transmisión de los créditos.

¹⁶⁶ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 43.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 43.

¹⁶⁸ *Ibidem*, Como indican los autores de la edición española, BARRES BENLLOCH, Pilar., EMBID IRUJO, José Miguel., MARTÍNEZ SANZ, Fernando., se puede observar un error de transcripción puesto

permitidas derivado del negocio que origina las mismas, dichas cesiones serían ineficaces en relación con el deudor; sin embargo en determinados supuestos dichas cesiones estarían permitidas, estamos haciendo referencia a un supuesto concreto muy utilizado en la práctica comercial: “los contratos de cesión de deudas dinerarias futuras” o el “facturaje de deudas a gran escala” (art. 11: 301)¹⁶⁹.

Además en este capítulo se establece una premisa importante en relación con el consentimiento del deudor, si este último no hubiera prestado su consentimiento la cesión no será eficaz frente a él cuando nos encontremos ante una prestación personal, es decir, cuando las características de la prestación o la relación entre el cedente y el deudor impliquen que ninguna otra persona distinta al cedente deba exigir al deudor que cumpla con la obligación (art. 11:302)¹⁷⁰. Además se recogen los supuestos en virtud de los cuales el deudor será responsable del cumplimiento de las obligaciones de cara al cesionario. La regla general viene a indicar que el deudor sólo responderá en relación con el cesionario siempre y cuando se le hubiera notificado por escrito de la transmisión del crédito o cuando la transmisión le hubiera sido notificada “de forma razonable” (art. 11:303)¹⁷¹. En este apartado también se recoge una norma de validez universal, el cesionario pasará a adoptar la posición del cedente con las mismas obligaciones y los mismos derechos. De la misma forma el deudor podrá oponer al cesionario las mismas excepciones en relación con el cedente (artículo 11:307). Además la normativa indica que en caso de demandas concurrentes o con demandas con distinto lugar de cumplimiento al previamente pactado entre el deudor y el cedente, el primero en el tiempo quedará protegido frente al cesionario (arts. 11:305-11:306)¹⁷².

La última sección es la cuarta, en ella se regula el orden de prelación entre el cesionario y el resto de demandantes que concurren en relación con un mismo crédito. Se establece que tendrá preferencia (salvo determinadas excepciones) el cesionario que

que a pesar de que en el texto original se habla de *assignor* y el deudor, todo el capítulo así como el encabezamiento del apartado se refiere al *assignee*, es decir al cesionario.

¹⁶⁹ *Ibidem*. De nuevo tenemos que tener presente que el contrato de *factoring* internacional será objeto de estudio en un capítulo posterior.

¹⁷⁰ Lo mismo se deduce de nuestra normativa interna y de los Principios UNIDROIT.

¹⁷¹ *Ibidem*

¹⁷² *Ibidem*, p. 44.

hubiera notificado la cesión al deudor en primer lugar (art. 11: 401)¹⁷³. A continuación analizaremos las correspondientes Secciones¹⁷⁴:

Como avanzábamos anteriormente en la Sección Primera se regulan las disposiciones generales, en concreto el artículo 11:101 regula el ámbito de aplicación: En el apartado primero se establece que los PECL se aplicarán a cualquier tipo de cesión pactada por convenio, con independencia de que el origen de los créditos provenga de derechos o acciones surgidas de créditos presentes o futuros¹⁷⁵. En el apartado segundo se establece que salvo pacto en contrario por las partes o “salvo que las circunstancias exijan otras cosa” el capítulo también podrá aplicarse a otro tipo de cesiones convencionales de créditos transferibles¹⁷⁶.

En el apartado tercero se especifican los supuestos excluidos de los PECL: la transmisión de instrumentos financieros o valores mobiliarios cuando dicha transmisión en virtud de la aplicación de la ley que regula el contrato deba ser inscrita en un “registro dirigido por y para el emisor” o cuando nos encontremos ante un supuesto de “transmisión de letras de cambio u otros títulos valores, a las garantías negociables o a los documentos que incorporen un título de propiedad en los casos en que, conforme a la ley aplicable, la transmisión exija la entrega o tradición del título y, en su caso, su endoso¹⁷⁷”.

¹⁷³ *Ibidem*. Este apartado coincide con nuestra normativa interna y con los Principios UNIDROIT. Puesto que cuando existe una pluralidad de acreedores se entiende que tiene preferencia el acreedor que hubiera notificado la cesión en primer lugar.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 131.

¹⁷⁵ *Ibidem* Es una importante diferencia en relación con nuestra legislación, puesto que en nuestro derecho la cesión de créditos sólo puede derivarse de relaciones jurídicas presentes y no futuras. Aunque será objeto de estudio en posteriores páginas podemos adelantar que lo anterior posibilidad es admitida en el Anteproyecto de Código mercantil de mayo de 2014. En este caso nos encontramos con los supuestos en los que “se celebra un negocio en el que se transfiere a un tercero el crédito o los derechos derivados de ese crédito del que es titular”. En todo el capítulo se utilizarán los conceptos “créditos y acción” siempre referidos al “derecho al cumplimiento de una obligación”

¹⁷⁶ *Ibidem*

¹⁷⁷ *Ibidem* p. 135: “Si bien el tenedor de una obligación o acción inscrita tendrá derecho a reclamar el pago contra el emisor, tales instrumentos o garantías se diferencian en aspectos fundamentales de los derechos habituales regidos por el Derecho de obligaciones. Su transmisión se rige por normas especiales, que generalmente exigen una inscripción en el registro del emisor. Por ello se excluyen del ámbito de aplicación de este capítulo”. En relación con la letra de cambio u otro título valor aunque su origen provenga de una relación contractual debemos tener presente que normalmente la transmisión de los derechos se realiza a través del endoso y no mediante la cesión.

El artículo 11:101 finaliza con los apartados cuarto y quinto; en el cuarto se establece que la cesión podrá provenir de cualquier título, quedarán cubiertos incluso los supuestos de cesión a título de garantía. Por otro lado el apartado quinto indica que “las reglas de la cesión serán aplicables al otorgamiento de un derecho de garantía de crédito por un mecanismo distinto de la cesión, eso si, con las adaptaciones correspondientes¹⁷⁸”.

Lo anterior (aplicar las reglas de la cesión a otras figuras jurídicas con las que guarda cierta semejanza como la prenda de créditos o la fiducia *cum creditore*) es impensable en el ordenamiento español ya que en todos aquellos supuestos en los que la cesión no cumple la finalidad de transmisión del crédito podrá cumplir con otras finalidades, como sucede con la cesión con finalidad de cobro en la que la función principal no es la transmisión del crédito al cesionario si no que el cesionario se convertirá en un “mandatario o representante” y lo mismo sucederá con otro tipo de cesiones, como sucede con la cesión en garantía en la que la principal función será la “mera garantía prendaria sobre el crédito¹⁷⁹”.

El artículo 11:102 regula los créditos susceptibles de cesión, se divide en dos apartados, siendo de especial importancia el segundo donde se indica expresamente que los PECL exigen la “determinación o identificabilidad del crédito” como requisito imprescindible para que este sea exigible¹⁸⁰. Se indica que: “Un crédito futuro nacido de un contrato vigente o futuro puede cederse si en el momento en que comience a existir o en el momento que dispongan las partes, puede ser identificado como el crédito al que la cesión se refiere¹⁸¹”. El apartado segundo del artículo 11:102 recoge la figura de la cesión de créditos futuros al entender que “la cesión de un crédito futuro está

¹⁷⁸ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada., “La unificación del Derecho Privado Europeo...”, op. cit., p. 262. Compartimos la opinión de la autora al entender que tendrán cabida dentro de los PECL las cesiones de créditos con origen en un contrato o con origen distinto del contractual, en definitiva lo verdaderamente importante es que los derechos puedan ser cedidos. Y aunque será objeto de estudio posteriormente podemos adelantar que sucede lo mismo con *Draft common of referente* (DCFR) en la parte III en concreto el artículo 5:101 indica que los citados principios se aplicarán a la cesión de un derecho que provenga de cualquier tipo de obligación, con independencia de que sea contractual o no. En todo caso las reglas de la cesión podrán ser aplicadas a otras figuras jurídicas con las que guarda cierta semejanza como la prenda de créditos o la fiducia *cum creditore*.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 10 de igual forma Vid. Díez Pícazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 806 y ss.

¹⁸⁰ Orti Vallejo, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 7.

¹⁸¹ *Ibidem*, de igual forma Vid. Landó Ole y Beale Hugh., *The Principles of European Contract Law*, Part I, II, III, 2002, p. 36. De igual forma Landó Ole y Beale, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p.139.

subordinada a que el crédito cedido llegue a existir, pero tomará efecto desde el momento del convenio de cesión o en otro momento ulterior acordado por las partes¹⁸²”.

Se admite que una de las partes pueda ceder los derechos relacionados con un determinado contrato aunque todavía este no sea exigible. Se admite la cesión de créditos presentes o futuros siempre y cuando tengan origen en un contrato ya existente¹⁸³.

Lo anterior no supone nada nuevo en relación con nuestra legislación puesto que la mayoría de la doctrina española admite la posibilidad de la cesión de créditos futuros siempre y cuando los mismos fueran determinables, siempre estará subordinado a la verdadera existencia del crédito. En definitiva la figura de la cesión de créditos futuros tiene semejanzas con la “cosa de venta futura”, se entiende que en estos casos existe una “condición suspensiva en virtud de la cual el adquirente (cesionario) será titular de una expectativa o posición jurídica protegida”. En el supuesto de que la cosa no se entregase o no fuera determinable porque no llegara a nacer, para el supuesto de la cesión de créditos implicaría que el cesionario no habría podido adquirir el crédito y por ello al no existir el objeto del contrato este se podría resolver pudiendo el cesionario ejercitar reclamación por los daños y perjuicios ocasionados derivado del incumplimiento del mismo¹⁸⁴.

Sin embargo mayores problemas se plantean de cara a la distinción entre los dos tipos de créditos futuros que pueden ser objeto de cesión, es decir, los créditos futuros con origen en relaciones jurídicas ya existentes al tiempo de realizarse la transferencia del crédito o cesión y los créditos futuros objeto de relaciones jurídicas no nacidas al tiempo de realizarse la transferencia del crédito o cesión. Los PECL en el artículo 11:202 apartado segundo entienden que el crédito tiene efecto retroactivo y por ende este nace en el mismo momento de la cesión sin necesidad de distinguir entre créditos

¹⁸² ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 7. Luego los PECL, al igual que las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*”, al igual que los Principios UNIDROIT admiten la cesión de créditos futuros. En relación con la normativa española, como ya hemos comentado en anteriores notas al pie solamente se ha admitido dicha posibilidad con el Anteproyecto de Código Mercantil de mayo de 2014 (más vale tarde que nunca)

¹⁸³ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 139.

¹⁸⁴ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 7.

futuros o no, en definitiva la cesión será eficaz desde el momento en que se celebró el contrato de cesión¹⁸⁵.

El artículo 11:103 recoge los supuestos de transmisión parcial de créditos en definitiva créditos divisibles: “Los créditos divisibles podrán cederse de manera parcial, pero el cedente responderá ante el deudor de todos aquellos gastos suplementarios que suponga dicha cesión para este último¹⁸⁶”. En ocasiones puede suceder que el cedente no quiera transmitir el crédito íntegramente sino que sólo desea ceder una parte del mismo, dicha posibilidad será válida siempre y cuando el crédito sea divisible de conformidad con el contrato. Se entiende que en relación con los créditos pecuniarios o dinerarios no existirá problema de cara a la supuesta división (salvo que se pacte lo contrario en el contrato); si la división ocasionara al deudor un aumento de los gastos tendrá derecho a ser resarcido¹⁸⁷.

Mayores problemas se podrán plantear con las deudas no pecuniarias, se entenderán que son divisibles sólo cuando el deudor pueda pagar por separado la parte del crédito cedido. La cesión parcial de un crédito implica la transmisión de las mismas garantías o derechos accesorios [art. 11:201 (1) (b)] así como “los derechos dependientes de carácter transmisible” [art. 11:204 (c)] Con la disposición anterior se quiere proteger al

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 16. Los PECL llegan a la misma conclusión que nuestra normativa, en concreto la disposición adicional 3ª de la Ley 1/1999 de 5 de enero reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras que regula los requisitos que deben cumplir determinadas cesión de créditos para que sean válidas, establece que la cesión de un crédito futuro será válida y por lo tanto eficaz desde la fecha del contrato de cesión. No sucede lo mismo en el DCFR III 5:114 que será objeto de estudio posteriormente. Las mismas conclusiones son alcanzadas por el Convenio de UNIDROIT de 1988 sobre *Factoring* y por la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (objeto de estudio en posteriores capítulos): lo anterior es comprensible derivado de la enorme importancia que tiene en la actual etapa del comercio internacional la función de “financiación de los créditos y la imposibilidad práctica de exigir el cumplimiento de créditos determinados o determinables en el momento de la cesión han llevado a que, en general se acepte cada vez más la cesión de créditos futuros sin que sea necesario ningún acto de transmisión del cedente desde el momento en que los créditos existan efectivamente” Vid. LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 139.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 143.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 144. En este momento vuelve a suceder lo mismo, tanto en los PECL al igual como en las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” y los Principios UNIDROIT admiten la cesión parcial de créditos. En todo caso si la división ocasionara un perjuicio adicional al deudor será necesario compensarle. Luego en primera instancia siempre deberá garantizarse la protección del deudor. En relación con la normativa española, como ya hemos comentado en anteriores notas al pie solamente se ha admitido dicha posibilidad (cesiones parciales de créditos) con el Anteproyecto de Código Mercantil de mayo de 2014 no obstante, si nuestra legislación se caracteriza por algo es por ser garantista de los derechos del deudor. De toda nuestra legislación se desprende que la posición jurídica del deudor nunca se podrá ver agravada por el hecho de la transmisión del crédito.

deudor de los posibles perjuicios que le puedan acarrear las cesiones parciales de créditos, el deudor tendrá derecho a cobrar el aumento de los costes o de los gastos del cedente o en todo caso podría compensarlas con el cobro de parte de la deuda¹⁸⁸. Aunque lo más lógico en la práctica comercial internacional es que el cedente no realice muchas cesiones parciales, en ocasiones no sucede eso y el deudor no quedará suficientemente protegido con este artículo, ante la falta de protección se deberían aplicar las normas procesales de los tribunales que están conociendo del caso¹⁸⁹.

En el art. 11:104 se reconoce la libertad de forma con respecto al acuerdo de cesión: “La cesión no exige forma escrita ni ningún otro requisito de forma. Puede someterse a cualquier medio de prueba, incluida la prueba testifical¹⁹⁰”. Lo anterior es lógico derivado del hecho de que los requisitos exigidos para realizar la cesión de créditos son diferentes dependiendo de los ordenamientos en presencia¹⁹¹. Mayores problemas se plantean en relación con la comunicación al deudor; puesto que en algunos ordenamientos para que la cesión sea válida se exige que la misma haya sido notificada al deudor o este la haya podido conocer por algún acto realizado por el cedente. Se entiende que hasta que no tenga lugar la notificación la cesión no tendrá efectos ni siquiera contra los acreedores no garantizados en el supuesto de concurso del cedente, sin embargo otros ordenamientos son menos rigurosos y exigen la comunicación al deudor con la única finalidad de que pague al cesionario pero no será requisito constitutivo de eficacia de la cesión entre el cedente y el cesionario. Esta última posibilidad es la seguida por el artículo 11:104 de los PECL como por los artículos 11:201 a 11:203¹⁹².

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 145.

¹⁸⁹ *Ibidem*

¹⁹⁰ *Ibidem*. La libertad de forma del acuerdo de cesión también se predica tanto de las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” como de los Principios UNIDROIT al constituir un requisito imprescindible para garantizar la agilidad del tráfico comercial y en última instancia favorecer la transmisión del crédito.

¹⁹¹ *Ibidem*: Unos ordenamientos exigen que la cesión se realice por escrito, otros permiten cesiones realizadas de forma oral o cesiones tácitas (el acreedor realiza un depósito en un banco que servirá de garantía del préstamo...), otros admiten cesiones orales en relación con la transmisión del crédito entre el cedente y el cesionario pero exigen que la cesión se realice por escrito cuando el deudor se quiera obligar en relación con los terceros implicados. En definitiva en la mayoría de las ocasiones las cesiones se harán por escrito.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 147-148: La exigencia de la simple notificación al deudor de la cesión (sin ser requisito previo de eficacia de la misma) se desprende del hecho de que en la práctica internacional pueden darse los supuestos de “cesiones continuas de créditos” en relación con contratos presentes o contratos futuros, en ocasiones es imposible identificar a los futuros deudores al tiempo de realizar la cesión. Lo mismo sucede en los supuestos de “cesiones globales de créditos” u operaciones de *factoring*, en donde la notificación ha dejado de ser un requisito imprescindible con la finalidad “de evitar molestias en la relación entre el cedente-suministrador y su cliente, el deudor, y para permitir que el cedente acumule las

La Sección Segunda está destinada a regular los efectos de la cesión entre el cedente y el cesionario. Se compone de los artículos 11:201 a 11:204.

En el artículo 11:201 se regulan todos los derechos que se transmiten al cesionario con la cesión: (1) “ La cesión de un crédito transmite al cesionario: (a) todos los derechos que tuviera el cedente en torno al cumplimiento del crédito cedido; y (b) todos los derechos accesorios que garanticen dicha prestación”. En el apartado primero se establece que el cesionario tendrá los mismos derechos que el cedente en relación con el crédito transferido así como todos los derechos accesorios (rendimiento)¹⁹³. El crédito se transfiere al cesionario con todos los derechos, a partir de ese momento se convertirá en el nuevo titular. Sin embargo la transmisión del derecho no implica que el deudor quede vinculado con el cesionario, para que así sea deberán darse los requisitos del artículo 11:303 (es decir cuando haya sido notificado por el cesionario) e incluso en ese caso se podrán dar las consabidas excepciones y los derechos de compensación del artículo 11:304. Además se transmitirá al cesionario el “derecho del cedente de indemnización por daños y perjuicios y a los intereses debidos por el incumplimiento futuro. Con la cesión también se transmitirán los derechos accesorios que conlleven el cumplimiento por el deudor¹⁹⁴”.

(2) “En los casos en que la cesión de un crédito derivado de un contrato se asocie con la subrogación del cesionario como deudor con respecto a cualquier obligación debida por el cedente conforme a ese mismo contrato, los efectos del presente artículo se someterán a las disposiciones del artículo 12:201”. En el apartado segundo se indica

deudas en nombre del cesionario”. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el “descuento de facturas”. La finalidad de financiación del crédito depende de la transmisión de la de las deudas entre el cedente y el cesionario, lo cual se vería obstaculizado si la comunicación al deudor fuera exigida como requisito constitutivo para que la cesión fuera válida. Por lo tanto, en los PECL al igual que sucedía en los “Principios UNIDROIT” y a semejanza de nuestra legislación, la notificación al deudor simplemente tiene efectos liberatorios ya que si tuvo conocimiento de la misma sólo quedará liberado del pago realizado a favor del cesionario. Por otro lado debemos tener presente que el supuesto anterior tiene una excepción en aquellos supuestos en los que se produce una transmisión de una obligación personal, es decir, cuando el deudor realizó el contrato de cesión de créditos atendiendo a las especiales características personales del cedente; y por lo tanto de haber tenido conocimiento de la transmisión no hubiera mantenido el contrato con el nuevo acreedor o cesionario.

¹⁹³ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., pp. 149-151. De igual modo Vid. ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 7. Lo mismo sucede con los Principios UNIDROIT y con nuestra normativa, el crédito se transmite con todos sus derechos accesorios.

¹⁹⁴ *Ibidem*

que cuando en el contrato de cesión de créditos las partes hayan pactado la sustitución del cesionario como deudor en relación a las obligaciones contraídas por el cedente, entrará en vigor la reserva del artículo 12:201¹⁹⁵; es decir, cuando la cesión implique la asunción de las deudas del cedente por parte del cesionario el artículo 12:201, este artículo dispone que el cesionario sólo va a obtener los beneficios del cedente cuando asuma sus cargas, lo que implica la necesidad de consentimiento por la otra parte del contrato¹⁹⁶.

El artículo 11:202 indica cuando tiene efectos la cesión, en el apartado primero se indica que: “La cesión de un crédito que ya existe surte efecto en el momento en que se celebra el acuerdo de cesión, o en el momento posterior al mismo en que convengan cedente y cesionario”¹⁹⁷. Se entiende que la cesión de un crédito ya existente tendrá efectos desde el mismo momento del acuerdo de cesión o a partir de cualquier otro momento posterior pactado por el cedente y el cesionario en el contrato. No será necesario que el crédito dinerario “sea exigible” siendo el único requisito imprescindible que el contrato sea existente¹⁹⁸.

En el apartado segundo del artículo se establece lo mismo que en apartado anterior pero en relación con un crédito futuro, se entiende que comenzará a tener efectos desde el mismo momento en que se realice el contrato de cesión por el cedente y el cesionario salvo que las partes pactaran lo contrario en el contrato¹⁹⁹. El apartado segundo del artículo 11:202 establece un “efecto retroactivo” en relación a los créditos al indicar que: los créditos no pasarán al patrimonio del cesionario hasta que no nazcan, pero “una vez constituidos la cesión surtirá efecto desde el momento del convenio o del acuerdo de cesión”²⁰⁰. Lo anterior es trascendente en el caso de prelación entre cesionarios y a la hora de determinar si nos encontramos ante una cesión onerosa o gratuita, pues el valor que tiene el crédito una vez realizada la cesión y antes de la existencia de este puede variar con respecto a un crédito anterior²⁰¹.

¹⁹⁵ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 7.

¹⁹⁶ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 151.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 152.

¹⁹⁸ *Ibidem*. Lo mismo se deducía de los Principios UNIDROIT.

¹⁹⁹ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 7.

²⁰⁰ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 151.

²⁰¹ *Ibidem*

Por otro lado el artículo 11:203 regula la subsistencia de los derechos del cesionario contra el cedente. Se entiende que “una cesión será eficaz entre el cedente y el cesionario y legitima al cesionario a reclamar lo que el cedente reciba del deudor, aun cuando la cesión fuera ineficaz contra el deudor conforme al artículo 11:301 o el artículo 11:302”. En definitiva, el cedente deberá transmitir al cesionario todos los derechos y obligaciones que haya recibido del deudor (con las excepciones del concurso del cesionario)²⁰².

De igual forma el artículo 11:204 regula las obligaciones del cedente en relación con el cesionario: “Por la cesión del crédito o la promesa de cesión, el cedente se compromete con el cesionario a que: (a) En el momento en que la cesión sea efectiva y salvo previsión en contrario, se cumplirán las siguientes condiciones²⁰³”:

En primer lugar se establece que el cedente tiene derecho a transferir el crédito salvo que existiera pacto en contrario con el deudor (se deberán cumplir además ciertos requisitos); hay que tener en cuenta que los derechos del cesionario no podrán verse afectados por las excepciones que el deudor pudiera tener en contra del cedente (incluida la excepción de compensación); el cedente debe garantizar al cesionario que el crédito no ha sido objeto de una cesión anterior²⁰⁴.

En segundo lugar el cedente deberá asegurar al cesionario que el crédito existe y que en ningún caso sus derechos podrán verse afectados “por ningún tipo de excepciones o

²⁰² *Ibidem*, p. 154.

²⁰³ *Ibidem*, p. 155. En toda cesión de créditos el cedente tiene unas obligaciones que cumplir para garantizar que el cesionario va a recibir sus mismos beneficios. Ya sean simples acuerdo de garantía establecida entre el cedente y el deudor o cualquier otro pacto previamente realizado entre el cedente y el deudor. En determinados casos el cedente y el cesionario pactan que en caso de incumplimiento de los citados pactos por parte del deudor el cedente responderá de los mismos frente al cesionario, ya sea pagando los créditos o incluso haciéndose de nuevo cargo de los mismos. Pero si las partes no han pactado las cuestiones anteriores previamente en el contrato lo lógico será entender que una vez transferido el crédito el cedente no responderá del incumplimiento del deudor. En ese caso entra “en acción” el artículo 11:301 apartado (a) en primer lugar indica que para que el cesionario no se vea “desprotegido” o perjudicado de cara a un posible incumplimiento del deudor o para los supuestos en los que los créditos pudieran perder valor porque se modificara el contrato original. El problema estriba en analizar si la protección también debería ser impuesta en el supuesto de cedentes “gratuitos”, la mayoría de las legislaciones entienden que en este caso no tendría cabida la “sobrepotección” del cedente, por eso el artículo 11:301 apartado (a) primero no distingue entre cesiones gratuitas y cesiones onerosas.

²⁰⁴ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 7. Recordemos que el mismo planteamiento se deducía de los Principios UNIDROIT, en definitiva sólo en determinados supuestos muy específicos el pacto de no cesión del crédito o de intransmisibilidad del crédito (realizado entre el cedente y el deudor) podrá afectar al cesionario.

derechos (incluido el derecho de compensación) que pudiera ejercer el deudor contra el cedente”. Es decir, que una vez que la cesión tiene efectos los créditos deben existir y no deberán estar sometidos a ningún tipo de excepciones y por ende no deberán estar sometidos a derechos de compensación contra el cedente²⁰⁵.

En el apartado (b) el cedente se compromete a que el crédito no sea modificado sin el consentimiento del cesionario, salvo que las partes lo hubieran pactado previamente o salvo que la modificación se lleve a cabo de buena fe o que el cesionario no pueda oponerse a la modificación derivado de su naturaleza²⁰⁶. Lo normal es que una vez que se ha cedido un crédito este no se modifique salvo que las partes pacten lo contrario o el cesionario posteriormente acepte la modificación. Sin embargo, en ciertos supuestos de la práctica comercial lo anterior podrá admitirse en el caso de contratos con duración prolongada en el tiempo²⁰⁷.

El apartado (c) del artículo 11:204 apartado primero indica que el cedente debe transferir al cesionario todos los derechos destinados a facilitar la transferencia del crédito siempre y cuando no sean derechos accesorios²⁰⁸. Se entiende que los derechos accesorios se transmiten automáticamente al cesionario de conformidad con el artículo 11:201 (1) (b). Por el contrario los derechos no accesorios al crédito y por ello independientes deberán transmitirse de forma expresa²⁰⁹.

La Sección Tercera regula los efectos que la transferencia del crédito produce entre el cesionario y el deudor. Se desarrolla a través de los artículos 11:301 a 11:308.

El art. 11:301 indica en el apartado primero que: “Una cesión prohibida o que, por alguna otra razón, no resulte conforme con el contrato del que nace el crédito cedido, no

²⁰⁵ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 157. Como indican los citados autores lo anterior comprenderá: “Los hechos que constituyen el fundamento del crédito, su validez (ya sea sustantiva, formal), su exigibilidad y la ausencia de cualquier otra excepción sustantiva o derechos de compensación contra el cedente”.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 155.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 158. Lo anterior está pensado para el caso de “contratos de construcción” en los que se podrán modificar ciertas cláusulas previstas en el contrato cuando se den determinadas circunstancias, lo normal es que en ocasiones se produzca una variación de los precios cuando la obra se alargue en el tiempo.

²⁰⁸ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 7. No obstante todos los derechos y obligaciones de las partes serán objeto de estudio en posteriores páginas. De igual forma Vid. LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 157-159.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 159.

será oponible al deudor salvo que: (a) el deudor lo haya consentido; o (b) el cesionario ignorase o no tuviera obligación de conocer esa falta de conformidad o (c) se trate de una cesión hecha en el marco de un contrato de cesión de deudas dinerarias futuras”. Es decir, el artículo establece la eficacia de los pactos de incedibilidad del crédito, dispone que el deudor pueda oponer al cesionario la excepción de incedibilidad convencional del crédito siempre y cuando no lo hubiera consentido previamente, con la excepción de los supuestos en los que el cesionario no haya podido conocer el pacto. El cedente siempre es el garante del cesionario de cara a la realización del crédito, art. 11: 204. En el art. 11:204 se plantea la necesidad de que el deudor cedido no debe resultar perjudicado por el cambio del titular del crédito²¹⁰. Siempre que en el contrato las partes pacten la no cesión del crédito dicho pacto deberá respetarse, si dicho pacto no fuese respetado la cesión no será eficaz y por ello el deudor no tendrá que reconocer al cesionario; es decir quedará liberado de la obligación con el pago realizado a favor del cedente²¹¹.

Sin embargo mayores problemas se plantean en el supuesto en el que el crédito sea transferido al cesionario sin que este tenga conocimiento de la existencia del pacto de no cesión. Se entenderá que en estos casos la cesión sí tendrá efectos y por ello el deudor quedará obligado con el nuevo acreedor o cesionario. Lo mismo sucede en el caso de la cesión de “créditos dinerarios futuros” se entiende que el deudor que quiere en estos casos incluir en el contrato una cláusula de tales características será el “sujeto más fuerte en la negociación” y aquí ya no se cumpliría la función de proteger a la parte más débil de la relación jurídica²¹².

En el apartado segundo del artículo 11:301 se indica que el apartado anterior en ningún caso afectará “a la responsabilidad del cedente para el supuesto de no conformidad²¹³”.

El artículo 11:302 regula otro supuesto de ineficacia del crédito: “no podrá oponerse al deudor una cesión a la que este no hubiera prestado su consentimiento, cuando la

²¹⁰ LURGER, B., *Assignment of claims*, Tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo, Tirant Monografías, 2005, p. 144 y ss.

²¹¹ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 163

²¹² *Ibidem* Como indican los citados autores el deudor también podrá negarse a constituir una garantía de pago (carta de crédito o garantía bancaria) a favor del acreedor. La opción anterior también se desprendía de los Principios UNIDROIT e incluso de nuestra normativa interna (objeto de estudio en un capítulo posterior)

²¹³ *Ibidem*

naturaleza de la prestación o la relación entre el deudor y el cedente hagan que ninguna otra persona distinta al cedente pueda exigir de manera razonable al deudor el cumplimiento de dichas prestación”. Se entiende que la transmisión del crédito es eficaz y en su caso válida a pesar de que el deudor no hubiera dado su consentimiento²¹⁴. Sin embargo en determinados supuestos el crédito tiene un carácter “estrictamente personal” para el acreedor (por la naturaleza del crédito, por su contenido o por la propia relación existente entre las partes) y por ello lo lógico es entender que en estos supuestos el deudor sólo quedara vinculado en relación con el cesionario. En estos supuestos la cesión sería ineficaz sólo en relación con el deudor, el cesionario tendrá derecho a exigir al cedente todos los derechos que hubiera recibido del deudor²¹⁵. Lo anterior no deberá ser tenido en cuenta si las normas imperativas de los tribunales que están conociendo del caso lo prohíben²¹⁶.

El artículo 11:303 regula los efectos que la transmisión del crédito tiene en la figura del deudor. Se establece en el apartado primero que: “De conformidad con los artículos 11:301, 11:302; 11:307 y 11:308, el deudor únicamente estará obligado a cumplir a favor del cesionario cuando haya recibido una notificación por escrito por parte del cedente o del cesionario, en la que se identifique de manera razonable el crédito cedido y se le indique la obligación de pagar al cesionario²¹⁷”. Una vez más se vuelve a hacer hincapié en el hecho de que el deudor sólo quedará obligado en relación con el cesionario cuando le hubiera sido notificada la transmisión de la cesión. En todo caso

²¹⁴ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 37.

²¹⁵ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 166. El artículo está pensado para los supuestos en los que la cesión aumentara las “cargas o el riesgo de la operación”. Los ejemplos paradigmáticos de lo anterior serían los casos de “cesión de una póliza de seguros que cubra los bienes que el cedente está vendiendo al cesionario”. En estos casos la identidad del asegurado es relevante en la póliza de cara a determinar el riesgo que la misma cubre, una cesión en estos casos implicaría una modificación de las condiciones sustanciales del contrato y por lo tanto el asegurador tendría que sufrir unos riesgos distintos a los previstos originariamente en el contrato. “Aumentar la carga para el cesionario es únicamente un factor indicativo de que los beneficios de la póliza de seguro se dirigen a la persona del asegurado”. La misma cuestión se plantearía para el supuesto de cesión de “los derechos del empleador a la prestación de un contrato de trabajo”, en este caso entre las partes existe un vínculo personal que no permitirá el cambio de la figura del acreedor sin el consentimiento de la otra parte.

²¹⁶ *Ibidem*: Un ejemplo de la prohibición anterior lo encontramos en el derecho alemán, el citado ordenamiento no admite la posibilidad de cesión de créditos que “alteren la sustancia de la prestación del deudor (art. § 399 BGB) o cuando el crédito sea personal del acreedor”. Lo mismo nos encontramos en Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Grecia. Igualmente el artículo 1260 del Código Civil de Italia no admite la cesión de créditos estrictamente personales, lo mismo es recogido en el ordenamiento inglés. Dicha opción también es recogida en nuestra normativa (lo estudiaremos en otro capítulo) y en los Principios UNIDROIT.

²¹⁷ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 166.

los PECL exigen que la notificación de la cesión se realice por escrito y además deberá indicarse los créditos objeto de cesión, en el mismo escrito se le debe comunicar al deudor la obligación de pagar al cesionario²¹⁸.

En el apartado segundo se indica que “No obstante, si dicha comunicación la lleva a cabo el cesionario, el deudor, dentro de unos plazos razonables, puede pedir al cesionario que aporte una prueba fidedigna de la cesión, quedando en tal caso la prestación en suspenso²¹⁹”. En el supuesto en el que el deudor haya recibido notificación de la transmisión del crédito podrá exigir al cesionario que realice “prueba cierta de la misma²²⁰”. Hasta que no se aporte la citada prueba el deudor podrá suspender la prestación.

El tercer párrafo del artículo 11:303 recoge los supuestos en los que el deudor tiene conocimiento de la cesión por cualquier otro medio que no sea la notificación del párrafo primero, se entiende que en estos casos el deudor podrá suspender la prestación o pagar al cesionario²²¹. Cuando el deudor hubiera tenido conocimiento de la transmisión pero no se lo hubiera comunicado el cesionario en este caso ya no quedará liberado con el pago realizado a favor de cedente puesto que “ya no está legitimado para cumplir con el y un deudor que lo hiciera se arriesga a tener que cumplir la prestación una segunda vez a favor del cesionario²²²”. Se entiende que lo lógico en estos casos es que el deudor suspenda el cumplimiento de la obligación hasta que el cesionario aporte prueba suficiente de la misma. Lo anterior se desprende del principio de buena fe²²³.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 167. Importantísimo es el tema de la notificación. Tanto en los Principios UNIDROIT como en nuestra normativa interna (objeto de estudio en un capítulo posterior) se entiende que el deudor sólo quedará liberado del pago realizando a favor del cedente cuando no hubiera tenido conocimiento de la cesión; por lo tanto cuando al deudor se le hubiera notificado la cesión deberá realizar el pago a favor del cesionario. Sin embargo, existe una diferencia esencial en este punto entre los PECL, y los Principios UNIDROIT; ya que tanto en los Principios UNIDROIT como en nuestro derecho interno se entenderá que el pago realizado por el deudor a favor del cedente no tendrá efectos liberatorios cuando hubiera tenido conocimiento de la cesión por cualquier medio con independencia de que no hubiera sido notificado por escrito; luego en este caso los PECL exigen unos requisitos más formales que el resto de iniciativas legislativas internacionales e incluso internas. Se entiende que la vía de realizar la notificación debe ser a través de una “diligencia media” y no por ello pueda hacerse sólo por escrito.

²¹⁹ *Ibidem*

²²⁰ *Ibidem*, en este caso bastará con aportar cualquier documento proveniente del cedente que indique la transmisión del crédito.

²²¹ *Ibidem*

²²² *Ibidem*, p. 168

²²³ Esta postura sí es más adecuada con todo lo que hemos desarrollado anteriormente.

En definitiva, el deudor quedará liberado del pago realizado al cedente siempre y cuando no hubiera tenido conocimiento de la cesión. Si el cesionario notifica al deudor la cesión sólo quedará liberado del pago realizado a este, en todo caso el deudor podrá pedir al cesionario (dentro de un plazo razonable) que le proporcione “pruebas sólidas” de que se ha producido la cesión²²⁴.

El artículo 11:304 regula la protección del deudor frente a posteriores cesionarios, el deudor quedará liberado del pago realizado al sujeto identificado como cesionario²²⁵. Expresamente el artículo indica que: “El deudor que lleve a cabo la prestación a favor de una persona designada como cesionario en una comunicación de cesión conforme con el artículo 11:303 quedará liberado de su obligación a menos que no hubiera podido ignorar que dicha persona no estaba legitimada para recibir la prestación²²⁶”. Se entiende que la finalidad de este artículo es proteger a los deudores que tras ser notificados realizan el cumplimiento de la obligación a favor de la persona que en la citada notificación constan como cesionarios, “salvo que el deudor no pueda ignorar que esa persona no es la legitimada para recibir el pago; con la expresión <<no pueda ignorar>> (*could not have been unaware*) a diferencia de la expresión <<hubiera debido saber o conocer>> (*ought to have known*) se utiliza para evitar que se entienda que el deudor tenga la obligación de investigar o informarse al respecto; trata de destacar que la falta de legitimidad debe resultar obvia conforme a las circunstancias, por lo que puede suponerse el conocimiento del deudor. En ausencia de ese conocimiento real o positivo, el deudor queda protegido incluso cuando no haya habido cesión, o la cesión

²²⁴ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 37; LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., pp. 18-169: En la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos se entiende que el deudor no podrá quedar liberado por el pago realizado al cedente cuando hubiera tenido conocimiento de la cesión con independencia del tipo de notificación que le hubiera sido realizada, en aras de garantizar el principio de la buena fe. Vid.: “El artículo 1264 apartado segundo del Código Civil italiano, de igual forma el § 1396 del Código austriaco (ABGB); el § 407 apartado primero del BGB alemán, el artículo 6:37 BW de los Países Bajos; el § 29 PNA de los Países Nórdicos, en Inglaterra es importante *Tolhurst v. Associated Portland Cement Manufacturers (1900) Ltd.* (1902) 2 K.B. 660, 668; en el ordenamiento Belga existen dos posiciones doctrinales en virtud de las cuales alguno autores entienden que el simple conocimiento de la cesión por el deudor no implica que no pueda cumplir con el cedente (Dirix, nº 15-11; Cornelis, *Handboek*, nº 335), por el contrario otros entienden que el deudor que cumple con el cedente tras tener conocimiento de la cesión está actuando de mala fe (Herbots nº 309)”. Lo mismo sucede con el artículo 1691 del Código Civil de Luxemburgo. Sin embargo, la postura mayoritaria no se sigue en el ordenamiento Neerlandés ni en el ordenamiento francés. En estos ordenamientos se entiende que el deudor quedará liberado del pago realizado a favor del cedente a pesar de que hubiera tenido conocimiento de la cesión, siempre y cuando la notificación de la cesión no se hubiera realizado por los cauces legales.

²²⁵ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 37; al igual que en nuestra normativa tiene preferencia de cobro el cesionario que haya notificado en primer lugar.

²²⁶ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 171.

prevista haya resultado ineficaz por alguna razón. Cuando el deudor tenga dudas podrá exigir al cesionario, conforme al artículo 11:303 (1) b), que aporte pruebas evidente y fiables del hecho de la cesión²²⁷”.

El artículo 11:305 regula los supuestos en los que al deudor le reclaman el pago diferentes cesionarios. Se aplicará la Ley del lugar del vencimiento del crédito²²⁸. “El deudor que reciba dos o más requerimientos de pago al mismo tiempo, podrá liberarse de su obligación actuando conforme a la ley del lugar de pago o, en caso de que la prestación resulte exigible en lugares diferentes, conforme a la ley aplicable al crédito²²⁹”. Se trata de los supuestos en los que el cedente ha transferido los créditos a varios cesionarios, sobre la base de la mala fe o porque la primera cesión se realizó con la finalidad de garantía y cubra una deuda más pequeña del valor total de los créditos y el acreedor del cedente quiera cobrarlos. En estos casos puede suceder que el deudor pague al acreedor que no tenga “el mejor derecho de cobro” lo cual implicaría que en ocasiones puede verse obligado a pagar por segunda vez a favor de otra persona con “mejor derecho de cobro”. Se entiende que el deudor debe quedar protegido en estos supuestos, quedará liberado de la obligación si se ajusta a la normativa correspondiente con el lugar de pago (siempre y cuando fuera la misma para todos los demandantes concurrentes) o en caso contrario (cuando existieran diferentes lugares de pago) cuando se ajuste a las normas aplicable al crédito²³⁰.

El artículo 11.306 establece el lugar de ejecución del crédito: En el apartado primero se indica que “cuando el crédito cedido verse sobre una obligación dineraria que deba cumplirse en un lugar determinado, el cesionario podrá reclamar su cumplimiento en cualquier lugar del país en cuestión o, en el caso de países pertenecientes a la Unión Europea, en cualquier lugar de la Unión, pero el cedente responderá ante el deudor de todo gasto suplementario que se derive para éste como consecuencia del cambio del lugar de su cumplimiento”. En el apartado segundo se establece que “si el crédito

²²⁷ *Ibidem*. La solución anterior en lógica, se intenta proteger a los deudores de buena fe; dicha postura es la seguida también en los Principios UNIDROIT y en nuestra legislación.

²²⁸ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 38.

²²⁹ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 172.

²³⁰ *Ibidem*; se entiende que lo esencial en todos los ordenamientos es garantizar la protección del deudor, lo anterior se consigue en ocasiones permitiendo que el deudor deposite la deuda pecuniaria en un juzgado o en otra institución pública.

cedido se refiere a una obligación no pecuniaria a cumplir en un lugar determinado, el cesionario no puede reclamar su cumplimiento en ningún otro lugar²³¹”.

Es decir, debemos diferenciar en relación con los lugares de cumplimiento en el supuesto de obligaciones dinerarias de los supuestos de obligaciones no dinerarias. En el caso de obligaciones dinerarias, el deudor deberá pagar al acreedor en el último lugar del establecimiento de su negocio o mediante transferencia bancaria. Si todas las partes están en el mismo país, en la mayoría de los supuestos no existirán problemas puesto que los pagos se realizarán mediante transferencias bancarias, mayores problemas se plantean en los casos en los que el pago esté relacionado con diferentes lugares. En estos contratos los costes aumentan, ya sea por los controles de divisas y por ende la propia transferencia podría aumentar por el incremento de los riesgos, aquí el apartado 1 del artículo 11:306 entiende que el cesionario no podrá exigir al deudor el pago en un lugar distinto al pactado por las partes en el contrato, lo anterior tiene la excepción del Territorio 44, se entiende que en los supuestos en los que las partes hubieran pactado como lugar de pago un Estado miembro de la Comunidad Europea podrá realizarse el pago en cualquier Estado miembro²³².

Por el contrario, cuando la prestación a realizar no es dineraria se entiende que las premisas anteriores no serán válidas al entender que el cambio del lugar de cumplimiento de la obligación puede “alterar la naturaleza de la obligación”, en esos casos el cesionario “de un crédito a la prestación de una obligación no dineraria no puede cambiar el lugar de prestación de deudor²³³”. Es decir, cuando el crédito se refiere a un pago dinerario el cesionario podrá exigir el pago en cualquier lugar del mismo país si es un Estado perteneciente a la Unión Europea, también podrá exigir el pago dentro de otro país comunitario, el cedente deberá responder del aumento de los costes para el deudor en caso de cambio de lugar de ejecución. Por el contrario si el crédito cedido se refiere a una obligación no dineraria la prestación sólo podrá realizarse en el lugar pactado²³⁴.

²³¹ *Ibidem*, p. 173.

²³² *Ibidem*, lo anterior se comprende con la propia finalidad de la normativa comunitaria, se garantiza así el Mercado Único y la libre circulación de personas, servicios y capitales.

²³³ *Ibidem*

²³⁴ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 38.

El artículo 11:307 especifica las excepciones y los derechos de compensación oponibles por el deudor: En el apartado primero se establece que: “El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones sustantivas y procesales relativas al crédito cedido que hubiera podido oponer el deudor contra el cedente²³⁵”. Este artículo tiene su origen en la existencia de una cesión válida, por el contrario si la cesión no ha sido válida y por lo ello se considera nula el deudor no estará obligado a cumplir con su obligación. En todo caso debemos respetar que el cesionario y el cedente deben quedar equiparados en sus obligaciones y en sus derechos.²³⁶ El deudor podrá oponer al cesionario todas las excepciones sustantivas y de procedimientos que tuviera en relación con el cedente²³⁷.

En el apartado segundo del citado artículo se indica que: “El deudor también podrá alegar contra el cesionario todos los derechos de compensación que hubiera podido hacer valer contra el cedente conforme al capítulo 13, respecto a cualquier crédito contra el cedente que: (a) ya existiera en el momento en que el deudor reciba la notificación de cesión con independencia de que ésta sea o no conforme con el artículo 11:303 (1); o (b) esté estrechamente vinculado con el crédito cedido²³⁸”.

En este apartado segundo se recogen los derechos de compensación, se entiende que el deudor podrá ejercitar frente al cesionario los mismos derechos de compensación que tuviera con el cedente en virtud de la aplicación del Capítulo 13 en relación a cualquier reclamación que tuviera con respecto al cedente, con independencia de que existiera al tiempo de realizarse la cesión, si es o no conforme con el artículo 11:303; o cuando esté estrechamente relacionado con el crédito cedido²³⁹. Este supuesto está pensado para los casos de “demandas cruzadas” existentes en el momento en que se comunica la transmisión del crédito, lo mismo se podrá predicar de “créditos independientes, nacidos de contratos diferentes y que no tengan una conexión clara o próxima con el

²³⁵ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 174.

²³⁶ *Ibidem* Se entiende que el deudor no tiene ningún tipo de relación contractual en relación con el cesionario, en todo caso “incurre en una responsabilidad contractual negativa frente al deudor en caso de incumplimiento del cedente. Todo lo que puede hacer el deudor es confiar en que el incumplimiento se considere una excepción del crédito del cesionario e interponer una demanda por separado contra el cedente”.

²³⁷ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 38.

²³⁸ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 175. Debemos tener presente la enorme trascendencia que la noción “vínculos más estrechos” tiene en nuestro objeto de estudio: la cesión de créditos, será desarrolla posteriormente con el análisis del Reglamento Roma I.

²³⁹ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 38.

contrato²⁴⁰». La compensación podrá realizarse con independencia de que los créditos no estuvieran vencidos al tiempo de la notificación de la cesión al deudor, basta con que simplemente se consideren un derecho potencial del deudor a compensar frente a un “acreedor cruzado que venciera al mismo tiempo que el crédito del acreedor desaparecería por la cesión del acreedor de su crédito, lo que es contrario al principio fundamental de que una cesión no debería causar perjuicios al deudor²⁴¹». Pero de conformidad con el artículo 13:101 sí será necesario el vencimiento del crédito cruzado en el momento en que se exija al deudor el cumplimiento de la obligación. Lo anterior es lógico puesto que una vez que el deudor ha tenido conocimiento de la cesión no sería justo para el cesionario que se pudiera aminorar o suprimir su derecho, por el hecho de que el deudor compense créditos independientes nacidos de los nuevos negocios celebrados entre el deudor y el cedente. Por otro lado, el cesionario deberá aceptarlos cuando esos créditos se encuentren “estrechamente vinculados con el crédito cedido²⁴²».

El último apartado de la sección tercera lo compone el artículo 11:308: “ La modificación del crédito cedido hecha por acuerdo entre el cedente y el deudor, sin el consentimiento del cesionario, después de que el deudor reciba notificación de la cesión, con independencia de que ésta sea o no conforme al artículo 11:303 (1), no afectará a los derechos del cesionario frente al deudor, salvo que se hubiera previsto dicha modificación en el acuerdo de cesión o que se trate de una modificación de buena fe y de tal naturaleza que el cesionario no pueda oponerse a ella de manera razonable²⁴³».

En el citado artículo se regulan los supuestos en los que el cedente y el deudor pactan modificaciones del contrato de cesión sin notificárselo al cesionario, se entenderá que el cesionario no deberá responder de las nuevas modificaciones realizadas²⁴⁴. Ello es así, ya que un deudor al que no le ha sido notificada la transmisión del crédito no

²⁴⁰ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 177.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 178.

²⁴² *Ibidem*. Como hemos indicado anteriormente, la mayoría de los ordenamientos del ámbito europeo en sus legislaciones rige la premisa de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor por la transmisión del crédito del cedente al cesionario. Sin embargo, no existe unanimidad a la hora de entender si los motivos de la excepción deben darse de forma real o potencial al tiempo de la comunicación de la cesión al deudor. Los motivos de la excepción deberán existir al tiempo de la comunicación de la cesión al deudor en ordenamientos como Francia (art. 1690 CC), Alemania (§ 404 BGB), Portugal (art. 585 CC), Luxemburgo (art. 1690 CC) y Bélgica (Cornelis, Hanboek, § 335)

²⁴³ *Ibidem*, p. 179.

²⁴⁴ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 39.

tendrá conocimiento de la existencia de alguna restricción de cara a la modificación del contrato; luego cuando se realice una modificación o alteración de la cesión antes del conocimiento de la transferencia del crédito por el deudor siempre vinculará al cesionario, en todo caso este último podrá demandar al cedente por incumplimiento del deber del artículo 11:204 apartado b (obligaciones del cedente)²⁴⁵.

La última sección de los PECL relacionada con la sección de créditos es la cuarta, sólo está compuesta por el artículo 11:401 el cual se ocupa de las “prioridades” en el cumplimiento de la obligación, en definitiva lo que en nuestro ordenamiento jurídico se recoge bajo la figura jurídica de la “pluralidad de cesiones o cesiones sucesivas”²⁴⁶.

En el apartado primero se establece que: “En el caso de que haya habido cesiones sucesivas de un mismo crédito, el cesionario cuya cesión se haya comunicado en primer lugar al deudor tendrá preferencia frente a cualquier cesionario anterior si, en el momento de la última cesión, el cesionario de dicha cesión ignoraba o no tenía obligación de saber que había habido cesiones anteriores²⁴⁷”. En este apartado se

²⁴⁵ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 180. De nuevo podemos observar una uniformidad en el ámbito comunitarios, puesto que, en todos los ordenamientos se entiende que el cesionario no podrá verse afectado por una modificación del acuerdo de cesión realizada posteriormente al tiempo de la notificación de la cesión. Lo anterior tiene una excepción el artículo 9-405 del UCC (Uniform Commercial Code).

²⁴⁶ *Ibidem*, en el mismo sentido Vid. ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., pp.17-24: El artículo 11:401 de los PECL es un artículo complejo que está muy relacionado con el DCFR en concreto con su artículo III-5:114 (objeto de estudio a continuación) y con la ya mencionada disposición adicional 3ª de la Ley 1/1999 de 5 de enero reguladora de las entidades de las entidades de capital riesgo y sus entidades gestoras, encargada de establecer los requisitos que deben cumplir la cesiones de créditos futuros para que puedan tener efecto en relación a los terceros intervinientes en la relación jurídica. La citada disposición establece que la cesión será válida y por lo tanto tendrá efectos frente a terceros desde la fecha del contrato de cesión con independencia de que los créditos tengan origen en contratos no celebrados por el cedente. En definitiva en las dos normativas citadas la cesión de créditos futuros podrá tener un efecto retroactivo y esto es lo que lo diferencia del artículo III-5:114 del DCFR pues el citado artículo en su apartado segundo establece que la cesión de créditos futuros sólo tendrá efectos jurídicos plenos “cuando se hayan cumplido todas las exigencias de su existencia”. En este punto debemos tener cuidado con la admisión de la retroactividad sin límites puesto que provocaría un menoscabo en los derechos de terceros (los acreedores del cedente) “adquiridos en el ínterin que media entre el contrato de cesión y el surgimiento del derecho cedido”. Lo anterior implicaría que el cesionario siempre tendría preferencia frente a los demás con independencia del supuesto en el que nos encontráramos. De igual forma BARRES BENLLOCH, Pilar., EMBID IRUJO, José María., MARTÍNEZ SANZ, Fernando., *Principios del Derecho contractual europeo*, Parte III, Madrid, Colegios Notariales de España, , 2007, pp. 153 y ss.

²⁴⁷ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 180. El artículo regula los supuestos en los que el cesionario tiene preferencia frente a terceros intervinientes en relación con la transmisión del crédito. Los terceros podrán tener cabida en la relación jurídica derivado de la existencia de una cesión paralela o de la existencia de un embargo o un concurso sobre el crédito. La prevalencia dependerá del hecho de que la cesión tenga efectos jurídicos plenos o no. En el caso de encontrarnos ante una cesión plena “el interés jurídico concurrente se extinguirá”, por el contrario si nos

establece que en el supuesto en el que existan varias cesiones sucesivas de un mismo crédito tendrá preferencia el primer cesionario que haya notificado la cesión al deudor, siempre y cuando el cesionario sea de buena fe, es decir, no tenía conocimiento de otra cesión o no se le podía exigir conocerla²⁴⁸. Lo anterior se concibe de forma diferente en los distintos ordenamientos; en algunos sistemas jurídicos una vez que el acreedor ha cedido el crédito la segunda cesión ya no será válida puesto que no tendrá nada más que ceder, en este caso el deudor quedará liberado si realiza su obligación a favor del segundo cesionario y será ese cesionario el que deba resarcir al primero. Sin embargo, otros ordenamientos se desprenden del concepto de validez para recurrir al concepto de prevalencia, en estos casos se entenderá que tendrá preferencia el segundo cesionario puesto que esta es la cesión que se notificará al deudor. Para este sector doctrinal la notificación de la cesión equivaldría a la posesión y el cesionario antes de cumplir con su obligación deberá tener conocimiento de la existencia de la correspondiente comunicación²⁴⁹.

Por otra parte, el apartado segundo indica textualmente que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo (1) la preferencia entre las cesiones sucesivas, tanto de créditos presentes como de créditos futuros, se determinará conforme al orden en que aquéllas hubieran tenido lugar²⁵⁰”; es decir que el “rango de las cesiones sucesivas ya sea de reclamaciones actuales o futuras vendrá determinado por el orden en el que han sido realizadas²⁵¹”. Sin embargo, la doctrina más autorizada en la materia interpreta el párrafo en el sentido de que ninguno de los cesionarios realizara la notificación, en este caso el criterio de “la prioridad temporal resultaría subordinado al primero²⁵²”.

encontramos ante una cesión con finalidad de garantía el interés concurrente “tendrá eficacia cuando la obligación asegurada recupere su eficacia”. Como comprobaremos en otro capítulo, la opción anterior también se desprende de nuestra legislación; por lo tanto cuando existan cesiones sucesivas de créditos, tendrá preferencia de cobro el cesionario que hubiera notificado al deudor la cesión o transmisión en primer lugar. Dicha postura también se corresponde con la mantenida en los Principios UNIDROIT.

²⁴⁸ LANDO Ole y BEALE Hugh., *The Principles of European Contract Law*, Part I, II, III, 2002, p.39; en el mismo sentido ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 22.

²⁴⁹ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 180.

²⁵⁰ *Ibidem*

²⁵¹ LANDO Ole y BEALE Hugh., *The Principles...*, op. cit., p.39

²⁵² BARRES BENLLOCH, Pilar., EMBID IRUJO, José María., MARTÍNEZ SANZ, Fernando., *Principios del Derecho contractual...*, op. cit., pp 181-182; de igual modo ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 24: en este punto “Los PECL entran en colisión con nuestro ordenamiento jurídico. Aunque el apartado 1 del artículo 11:401 nos recuerde la doble venta mobiliaria del artículo 1473 C.c., entendiendo que para los créditos la notificación al deudor equivaliera a la posesión (cosa que en nuestro Derecho no se admitiría pues la cesión se opera sin necesidad de *traditio*), en materia de cesión hay que estar al artículo 1526, 1º C.c., que establece la regla de prioridad en materia de doble cesión”. De igual forma Vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando., “Cesión ...”, op. cit., p. 1084.

En el artículo 11:401 apartado tercero los PECL indican que “el interés del cesionario en el crédito cedido tendrá preferencia ante el interés del acreedor del cedente que embargara ese crédito, en un procedimiento judicial o por cualquier otra vía, una vez que la cesión haya surtido efecto conforme al artículo 11: 202²⁵³”. El artículo 11:202 (como ya expresamos anteriormente) indicaba que los créditos futuros tendrán efecto retroactivo en relación a los créditos con origen en contratos o relaciones jurídicas no constituidas todavía²⁵⁴. -Aunque será objeto de estudio en posteriores páginas- debemos traer a colación que la regulación de la eficacia de la cesión frente a los terceros en nuestro ordenamiento jurídico se regula en el artículo 1526 apartado primero del C.c. donde se recoge el criterio de la prioridad temporal para la oponibilidad de la misma pero sin establecer la distinción que realizan los PECL de cesionarios sucesivos del créditos y acreedores del cedente. Así pues, la distinción tendría que realizarse dependiendo de los tipos de créditos futuros objeto de cesión, es decir, si los créditos han nacido de relaciones jurídicas ya surgidas al tiempo en que se realiza el contrato de cesión o no²⁵⁵.

Como ya hemos mencionado anteriormente, para el supuesto de créditos nacidos de relaciones jurídicas ya surgidas al tiempo de la cesión, la adquisición se produce en el mismo momento en que se realiza el acuerdo de cesión, en el segundo caso se producirá en el momento en el que nazca el crédito. En la primera hipótesis “los acreedores del cedente no podrán embargar el crédito, lo que no obsta a que, en la práctica, en aquellos supuestos en los que el crédito no ha sido pagado al cesionario por el deudor cedido (usualmente por no estar todavía vencido), consiga el acreedor el embargo del mismo, pero el cesionario dispondrá de la acción de tercería de dominio para lograr levantar el embargo, como titular del anterior crédito²⁵⁶”.

²⁵³ LANDO Ole y BEALE Hugh., *The Principles of European Contract Law*, Part I, II, III, 2002, p. 39, así como ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 25.

²⁵⁴ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 25.

²⁵⁵ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 26; de igual forma Vid. LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 182. Una vez que la cesión tiene efectos tendrá preferencia frente a cualquier crédito posterior por embargo de un acreedor del cedente, con independencia de que el embargo provenga de la vía judicial o extrajudicial.

²⁵⁶ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 26, de igual forma LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., pp. 183-185.

En el caso de la segunda posibilidad, cesión de créditos sin que hubiera nacido la relación jurídica o contrato que origina el crédito, no podrá adquirirse el crédito con efecto retroactivo al momento en el que se realiza la cesión. Sin embargo, de nuevo se podrán distinguir dos periodos: “Uno, el que media entre la cesión y el surgimiento de la relación origen del crédito y otro, el que media entre ese momento y el del nacimiento del crédito mismo. Es evidente, que los acreedores del cedente cuyos derechos sean anteriores al momento de surgimiento de la relación jurídica o del contrato origen del crédito, podrán embargarlo y gozarán de prioridad sobre el cesionario²⁵⁷”, lo anterior se explica por el hecho de que el cesionario no tendrá ningún derecho sino que como mucho tendrá una “expectativa”²⁵⁸. En definitiva, el cesionario adquirirá el crédito con efecto retroactivo al tiempo del nacimiento de la relación jurídica origen del contrato y no al tiempo de la transferencia del crédito, pues sólo en ese momento el cesionario ya no tendría una simple expectativa para tener un derecho. El problema estriba en que en ese momento (cuando surja el contrato origen de la relación jurídica) también habrán adquirido ciertos derechos los acreedores del cedente²⁵⁹.

Debemos finalizar el estudio de los PECL en relación al contrato de cesión de créditos con el análisis del apartado 4 del artículo 11:401 relativo al procedimiento de concurso o insolvencia del cedente. En el citado artículo se indica que: “En caso de concurso o insolvencia del cedente, el interés del cesionario en el crédito cedido prevalecerá frente al interés del administrador del concurso del cedente y de los acreedores, dentro del respeto a la leyes que resulten aplicables al concurso y que se refieran: a) la publicidad que se exija como condición para dicha prelación; b) el orden de preferencia de los créditos; o c) la nulidad o ineficacia de los negocios en el procedimiento concursal²⁶⁰”.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 27.

²⁵⁸ GARCÍA VICENTE, José R., “Comentario a la STS de 27 de junio de 2003” en *CCJC*, 2004, pp. 584-587; así como ROMERO MATUTE, Blanca., “Duplicidad de sistema de reintegración de la masa activa en las operaciones de cesión de créditos” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 4373.

²⁵⁹ ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 18.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 33, de igual forma LANDO Ole y BEALE Hugh., *The Principles of European Contract Law*, Part I, II, III, 2002, p. 39.

El apartado 4 del artículo 11:401 de los PECL establece que la cesión será eficaz a pesar de la existencia de concurso y por ello tendrá preferencia frente al segundo²⁶¹. Lo anterior siempre dependerá de las normas sobre publicidad, la prelación e impugnación de la norma concursal aplicable al supuesto por los tribunales que están conociendo del asunto (*lex fori*) es decir el tribunal que esté conociendo del procedimiento concursal²⁶². Esto implica que en el supuesto en el que nos encontremos ante una cesión plena los créditos no formarán parte de la masa del concurso, sin embargo si la cesión tiene la finalidad de garantía, “el interés de la masa del concurso se limitará al exceso que quedara (en caso de que fuera así) después de que se haya liberado el objeto garantizado²⁶³”.

Pero para que el cesionario tenga preferencia deberán darse varias condiciones: en primer lugar si la ley aplicable al concurso exige publicidad del mismo (como puede ser la inscripción en un registro) deberá cumplirse el citado requisito, en segundo lugar debemos tenerse en cuenta que lo anterior nunca deberá afectar a la regulación que de la prelación de créditos pueda hacer una normativa especial en materia concursal. En tercer lugar debemos entender que el artículo no afectará a ninguna de las normas existentes en materia concursal en relación a la “nulidad e ineficacia de los negocios en los procedimientos de insolvencia²⁶⁴”.

Tras el análisis de los PECL podemos extraer las siguientes conclusiones: la elevada calidad técnica de los mismos hace que en determinadas ocasiones nos encontremos con reglas muy complicadas; y por otro lado no debemos pasar por alto las grandes semejanzas existentes entre los PECL y los Principios UNIDROIT derivado del hecho de que ambos son elaborados por una Organización intergubernamental.

²⁶¹ BARRES BENLLOCH, Pilar., EMBID IRUJO, José María., MARTÍNEZ SANZ, Fernando., *Principios del Derecho contractual...*, op. cit., p. 183

²⁶² ORTI VALLEJO, Antonio., “Cesión de créditos futuros...”, op. cit., p. 34. Para un estudio más detallado de los PECL Vid. VAQUER, Antoni., *La tercera parte de los principios del derecho contractual europeo*, Tirant monografías, Valencia, 2005, 675 p; de igual forma Vid. ILLESCAS ORTIZ, Rafael Y PERALES VISCASILLAS, Pilar., “*Derecho Mercantil...*” op. cit., pp 79-89.

²⁶³ LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh., “Principios del Derecho contractual...”, op. cit., p. 183

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 184, como en todas las normativas se entenderá que la norma general cede ante la normativa específica o concreta. De vital importancia la nota al pie de la citada página.

1.5 El Marco Común de referencia (*Draft Common Frame of Reference- DCFR*)

El origen del Marco Común de Referencia lo encontramos en las diferentes Resoluciones y Comunicaciones del Parlamento Europeo, destaca la Comunicación de 2001 sobre derecho contractual europeo así como el Plan de Acción presentado en 2003 por la Comisión Europea. Por otra parte en el año 2004 el Consejo de la Comunidad establece la necesidad de ampliar el Marco Común de Referencia “para reforzar la coherencia del acervo relacionado con la protección del consumidor fijando el horizonte para 2009 y desechando que la tarea inicial trate de elaborar un Código Civil o un Código de derecho contractual europeo²⁶⁵”.

Destacan igualmente los informes de seguimiento del Marco Común de Referencia publicados por la Comisión²⁶⁶. Sin embargo de gran trascendencia para el Marco Común de Referencia resulta la Conclusión 20.^a de la Presidencia del Consejo Europeo celebrada los días 19 y 20 de junio de 2008, en ella el Consejo europeo deja constancia de la necesidad de elaborar un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo. El Parlamento Europeo en Resolución de 3 de septiembre de 2008 establece que el proyecto del Marco Común de Referencia deberá presentarse a la Comisión antes de finales de diciembre de 2008; además pide a la Comisión lo siguiente: Presentación de un Plan detallado que establezca la elaboración del Proyecto, que garantice que el texto final del Marco Común de Referencia esté en el mayor número posible de lenguas, que valore si la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad pueda ser la encargada de elaborar el proyecto, el citado documento deberá ser la base o el origen de todas las decisiones de la instituciones europeas, en todo caso de cara a su redacción siempre deberá tenerse presente el contenido de la declaración del Consejo de 18 de abril de 2008²⁶⁷.

²⁶⁵ REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia...”, op. cit., p. 1660.

²⁶⁶ *Ibidem*. El primer informe está fechado el 23 de septiembre de 2005: “Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo”, [COM (2005) 456]; y el segundo es de 25 de julio de 2007: “Segundo Informe de la situación sobre el Marco Común de Referencia” [COM (2007) 447].

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 1661.

De nuevo se deja constancia en este momento de que el Marco Común de Referencia será un instrumento normativo no vinculante, será un instrumento que ayude a completar las legislaciones nacionales²⁶⁸. El texto del Marco Común de Referencia será la base de cualquier instrumento comunitario que regule el Derecho contractual. En 2008 se presentó ante la Comisión y a debate público un Borrador del Marco Común de Referencia realizado por el “*Study Group on a European Civil Code*” y el “*Research Group on EC Private Law (Aquis Group)*”²⁶⁹. El Marco Común de Referencia se basará en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y los Principios LANDO²⁷⁰.

El Marco Común de Referencia contendrá normas relacionadas con la formación, validez, interpretación y contenido del contrato así como cuestiones relacionadas con el cumplimiento o incumplimiento de los mismos. Además contendrá normas sobre los contratos en general así como cuestiones excluidas del derecho de obligaciones como son los supuestos de enriquecimiento injusto, derecho de daños. Sin embargo no se recogen los supuestos de contratos cuyo objeto contractual recaiga sobre bienes muebles (previsión sí recogida en la versión final).

Sin embargo la versión del 2008 del Marco Común de Referencia fue objeto de numerosas críticas, a pesar de que en el se recogen los objetivos a alcanzar en el ámbito del Derecho Privado Europeo “no se ofrecen soluciones a los conflictos que pudieran surgir entre dichos principios y cometidos”, en líneas generales se puede afirmar que se recurre a numerosos conceptos jurídicos indeterminados (como puede ser el principio de la buena fe) lo cual no se puede justificar dentro del Marco Común de Referencia si lo entendemos como un futuro “Código Civil”²⁷¹. De igual forma podemos afirmar que carece de definiciones exhaustivas en el supuesto de conceptos básicos como sucede

²⁶⁸ Como hemos podido comprobar a lo largo del presente capítulo todas las iniciativas legislativas internacionales (*PECL*, *UNIDROIT*, reglas de la “*Nueva Lex Mercatoria*” y *MCR*) aplicables a un contrato de cesión de créditos se caracterizan por ser instrumentos normativos no vinculantes, por lo tanto serán normas dispositivas para las partes y sólo serán aplicables al contrato cuando los sujetos intervinientes en el contrato de cesión de créditos lo hayan establecido así en el contrato. En definitiva podemos concluir que nos encontramos ante supuestos en los que su validez jurídica se ceñirá a ser complemento de la/s correspondiente/s normativa/s así como al nivel no contencioso o arbitral.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 1662, de vital importancia en el ámbito de elaboración del Proyecto Vid. INFANTE RUIZ, J., “Entre lo político y lo académico: Un Common Frame of Referente de derecho privado europeo” en *Indret*, 2/2008, abril 2008, Barcelona, pp. 12 y ss.

²⁷⁰ REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia...”, op. cit., p. 1662. De nuevo vemos la relación entre las iniciativas legislativas internacionales.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 1663 Compartimos la opinión de este sector doctrinal: el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados no es lógico desde el punto de vista de un futuro Código Civil europeo. Lo anterior sí podría tener cabida en los *PECL* o en los Principios Lando.

con la definición del término “acto jurídico”, tampoco se realiza una definición de lo que debe considerarse “precio justo” en el ámbito de las cláusulas abusivas, también podemos afirmar que existe un cierto “caos” en su sistemática, puesto que se regulan de forma concurrente la representación, el mandato y el arrendamiento de servicios, siendo la representación un concepto abstracto, el mandato un contrato representativo y por otro lado el contrato de servicios suele incluir un mandato. Igualmente resulta chocante que la regulación de los remedios de la compraventa y el arrendamiento se regulan de forma diferentes siendo prácticamente lo mismos²⁷².

No obstante lo anterior, no debemos restarle importancia al Marco Común de Referencia del 2008, nos encontramos ante un “cuerpo prelegislativo omnicompreensivo del Derecho de obligaciones y contratos, que debería servir, ante la más que imposible realización en la actualidad de un Código Civil europeo, de un conjunto de reglas que si bien no supongan derecho aplicable, sí que podría cumplir la función de <<soft law>>...”²⁷³”. Con las premisas anteriores el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Aquis Group)* presentan la versión final y revisada del Borrador del Marco Común de Referencia en octubre de 2009²⁷⁴. La edición final de se publicó en noviembre de 2009 compuesta por seis volúmenes. Los autores del texto inciden nuevamente en el hecho de que nos encontramos ante un “texto académico y no políticamente autorizado, que es el resultado de las iniciativas de ciertos juristas europeos, haciendo notar que no contiene ninguna regla singular, definición o principio que haya sido aprobado o provenga de ningún órgano político europeo ni a nivel nacional, excepto aquello que resulte coincidente con la existente legislación europea o nacional, pudiendo ser considerado el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 como un trabajo que integre el futuro Marco Común de Referencia...”²⁷⁵”

Nos encontramos ante un conjunto de normas que tanto los legisladores y tribunales nacionales como europeos incluso los tribunales arbitrales podrán tener en cuenta de cara a la resolución de un litigio. Incluso las partes en el ámbito contractual podrán elegir el Marco Común de Referencia como derecho aplicable a su contrato. Podemos

²⁷² *Ibidem*

²⁷³ *Ibidem*

²⁷⁴ Vid. VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law*, Sellier, Munich European Law Publishers, GmbH, 2009, 648 p.

²⁷⁵ REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia...”, op. cit., p. 1664.

afirmar que el Marco Común de Referencia “constituye una de las claves para la europeización del Derecho Internacional Privado. No obstante después de la entrada en vigor del Reglamento Roma I, se ha puesto de manifiesto que textos como los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Contractual o su sucesor el Proyecto del Marco Común de Referencia, no pueden ser elegidos como las normas que vayan a regir un determinado contrato (*lex contractus*) sino que sólo podrán ser incorporadas en la medida en que las normas sustantivas de cada país lo permitan a través del juego de la autonomía de la voluntad²⁷⁶”. Todo lo anterior se deriva del hecho de que es un instrumento optativo para las partes²⁷⁷. El Marco Común de Referencia contiene “Principios, Definiciones y Modelos de Reglas²⁷⁸”:

En relación con los “Principios” a pesar de que la definición no pueda deducirse de ninguna de las Comunicaciones de la Unión Europea, como se desprende de las páginas anteriores, lo lógico será entender que con el citado término se está haciendo referencia a normas sin fuerza de ley; un ejemplo característico lo podríamos encontrar en los Principios del Derecho Europeo de los contratos. Sin embargo, como indica la doctrina más cualificada en ocasiones el citado término podrá interpretarse de forma más amplia, como pueden ser los supuestos de reglas “relativas a la libertad para contratar o a la buena fe²⁷⁹”. Luego bajo el término “Principios” se agrupan conceptos como pueden ser la libertad, justicia, la eficiencia y la seguridad entre otros. Además en todo el Marco Común de Referencia podremos vislumbrar los siguientes derechos fundamentales: “protección de los derechos humanos, la promoción de la solidaridad y responsabilidad

²⁷⁶ VON BAR, Christian., *¿Desde el Proyecto del marco común de referencia hacia un reglamento?*, El Notario del SXXI, julio-agosto, número 32, 2010- En línea: www.elnotario.es última visualización enero 2014, p. 2.

²⁷⁷ Como ya hemos ido adelantando a lo largo de todo el capítulo la aplicación de las iniciativas legislativas internacionales a un determinado contrato de cesión de créditos dependerá en la mayoría de los casos de la admisión de dicha opción por parte del derecho aplicable y en su caso de la elección de las partes.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 4; de igual forma REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia...”, op. cit., p. 1665.

²⁷⁹ de igual forma REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia...”, op. cit., p. 1665. De igual forma Vid. VON BAR, Christian., *¿Desde el Proyecto del marco común de referencia...*, op. cit., p. 2. Este último autor deja constancia de los múltiples problemas que acarrea la elaboración de los principios, establece que: “fundamentos teóricos o filosóficos del derecho privado. De forma que actualmente podemos considerar que los principios que subyacen en la base de las normas que integran el proyecto son cuatro: libertad, seguridad, justicia y eficacia. Recordemos que en el contexto del derecho privado estos valores deben ser considerados no como fines en sí mismos sino como medios para alcanzar fines superiores como el bienestar social”.

social, la preservación de las diversidades culturales y lingüísticas, la protección y promoción del bienestar, así como la protección del mercado interior²⁸⁰.

Por otro lado debemos traer a colación las “Definiciones” existentes en el Anexo del Marco Común de Referencia, son un total de 164 términos entre los que destacan los conceptos de “Instrumento Financiero de Adquisición”, “Días laborables”, “Accesorios²⁸¹”... La Comisión Europea hizo hincapié en la especial importancia de las “Definiciones” siendo el ejemplo más característico la noción de “daños y perjuicios”, la importancia de lo anterior deriva del hecho de que las “Definiciones” puedan proporcionar una interpretación uniforme de un concepto, lo anterior no implicará que se solucionen conceptos determinados, luego la mayoría de los conceptos son elaborados de forma precisa y simple para adecuarse en mayor medida al derecho comparado²⁸².

En último lugar debemos analizar los “Modelos de Reglas” o “Normas Modelo” que ocupan la mayoría del Marco Común de Referencia. Su estructura fue objeto de discusión derivado de su enorme amplitud, finalmente se opta por la división en Libros. Se realiza una división en diez Libros, nos encontramos ante un conjunto de reglas que tienen como finalidad “mejorar el acervo comunitario”, son un conjunto de normas que no son consideradas derecho aplicable pero sí pueden llegar a constituir un “*soft law*” con la finalidad de unificación en el ámbito del comercio internacional ante la imposibilidad de elaborar un Código Civil europeo en el contexto actual²⁸³.

²⁸⁰ REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia...”, op. cit., p. 1665. Los citados principios en el ámbito del Derecho Privado no deben considerarse como fines en sí mismos considerados sino como garantía para alcanzar otros fines comunes, en nuestro caso el “bienestar común”: De igual forma VON BAR, Christian., *¿Desde el Proyecto del marco común de referencia...*, op. cit., p. 4.

²⁸¹ VON BAR, Christian., *¿Desde el Proyecto del marco común de referencia...*, op. cit., p. 4: “En el fondo estas definiciones destilan del acervo comunitario pero sobre todo derivan de las normas modelo del Proyecto, que son asimismo representativas del acervo común”.

²⁸² *Ibidem*. Lo anterior ya fue objeto de críticas al comienzo del estudio del Marco Común de Referencia, la falta de minuciosidad implica la carencia de conflictos pero además conlleva la existencia de numerosas lagunas y por lo tanto, podemos afirmar que nos encontramos ante definiciones muy escasas en relación con conceptos básicos como pueden suceder con las definiciones de “acto jurídico”, “right”, “obligation” y “duty” entre otras. Del mismo modo Vid. REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia...”, op. cit., p. 1663.

²⁸³ REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia...”, op. cit., p. 1664.

Los autores del Marco Común de Referencia indican que este supone un avance frente a los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, puesto que ahora no sólo se va a regular la formación, interpretación, contenido y validez de los contratos sino que también se especificaran determinados supuestos para el caso de incumplimiento de las correspondientes obligaciones, e incluso regulándose en los capítulos finales supuestos específicos del derecho de obligaciones, de vital importancia para nuestro objeto de estudio, como son la pluralidad de partes, la cesión de derechos, la compensación y la prescripción. De otro lado también serán objeto de análisis las obligaciones no contractuales, un ejemplo de lo anterior es la regulación del enriquecimiento injusto, la responsabilidad extracontractual y la gestión de negocios ajenas entre otras figuras jurídicas²⁸⁴.

En relación con su estructura como hemos mencionado anteriormente se divide en diez Libros donde se incluyen las siguientes materias: El libro I es el encargado de regular los “Principios Generales”, donde se indica como utilizar el texto, el ámbito de aplicación, como debe interpretarse y donde encontrar las definiciones más importantes²⁸⁵. En el libro II se regulan los “contratos y otros actos jurídicos” (constitución, interpretación y eficacia)²⁸⁶. En el libro III se ocupa de todas las obligaciones, ya sean contractuales o extracontractuales así como de los correspondientes derechos²⁸⁷. El libro IV es el encargado de los contratos específicos y

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 1666: La regulación de las obligaciones no contractuales en el Marco Común de Referencia es mayor que la regulación realizada por los Principios del Derecho Europeo de los Contratos. Además de regularse los supuestos en los que se gestionen negocios ajenos y obligaciones garantizadas, se regularán además las figuras jurídicas del “trustee” o “fiduciario”. De igual forma una novedad frente a la regulación anterior se realizará con la propiedad mobiliaria.

²⁸⁵ REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia...”, op. cit., p. 1667, de igual forma VON BAR, Christian., *¿Desde el Proyecto del marco común de referencia...*, op. cit., p. 5.

²⁸⁶ *Ibidem*

²⁸⁷ *Ibidem*, los citados Libros han sido los más complicados en su elaboración derivado de su enorme complejidad técnica y su extensión. Dichos Libros contienen reglas del Derecho europeo de los contratos incorporadas bajo la autorización expresa de la Comisión Lando. De nuevo podemos observar la interrelación característica de las iniciativas legislativas internacionales en el “ámbito privado”. No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que el Marco Común de Referencia supone un avance en relación con los Principios del Derecho Europeo de los Contratos en determinadas materias, el principal ejemplo lo encontramos con la distinción entre lo que se considera un materia contractual (acuerdo o pacto inter partes) y relación contractual (obligaciones y derechos recíprocos). De igual forma tendrá vital importancia en relación con el Derecho Europeo de los Contratos la utilización apropiada de determinados conceptos a diferencia de lo que ocurrió en el Marco Común de Referencia, estamos haciendo referencia a los conceptos “acreedor” y “deudor” en detrimento de los conceptos anteriormente utilizados (parte agraviada y otra parte).

los derechos y obligaciones derivados de los mismos²⁸⁸; en el libro V se regulan los supuestos de gestión de negocios ajenos²⁸⁹. Por el contrario el libro VI es el encargado de desarrollar los supuestos de “responsabilidad extracontractual derivado del daño causado a otro”²⁹⁰; el libro VII recoge los supuestos de “enriquecimiento injusto”; el libro VIII se encarga de los supuestos de adquisición y pérdida en relación con los bienes muebles, el libro IX en relación con el supuesto anterior regula los “derechos de garantía en relación con los activos mobiliarios” y por último el libro X se encarga de la figura jurídica del “*trust*”²⁹¹.

En relación a nuestro objeto de estudio, la cesión de créditos, podemos afirmar que se asemeja muchísimo a la regulación de los Principios del Derecho Europeo de los contratos, lo anterior se desprende de la lectura Libro III capítulo 5 (Book III Chapter 5) dedicado al cambio de las partes en las obligaciones contractuales, cuya Primera Sección recoge el supuesto de la cesión de derechos, dentro de la regulación general del derecho de obligaciones. Se entiende por la doctrina que el Marco Común de Referencia es un texto “de vital importancia por cuanto prevé la posibilidad de que las partes puedan incluir su contenido en su relación contractual por lo que sus referencias no pueden obviarse”²⁹².

El capítulo 5 del Libro III regula dentro del derecho de obligaciones el cambio en las partes de la relación jurídica. De forma más concreta la Sección Primera es la encargada de regular la cesión de derechos. A continuación pasaremos a desarrollar el contenido de los artículos²⁹³:

²⁸⁸ *Ibidem*

²⁸⁹ *Ibidem*

²⁹⁰ *Ibidem*

²⁹¹ *Ibidem*, compartimos la opinión de estos autores al entender que también debiera ser objeto de regulación “los préstamos o créditos al consumo” en relación con servicios financieros.

²⁹² REPRESA POLO, M^a PATRICIA., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 60.

²⁹³ Pese a que en la actualidad pueda pensarse que el Marco Común de Referencia ha pasado a un segundo plano de cara a su aplicación por las partes en las relaciones contractuales, debemos dejar constancia de lo contrario, la Comisión Europea está intentando elaborar “un instrumento optativo sobre la base del Marco Común de referencia”: Vid. VON BAR, Christian., *¿Desde el Proyecto del marco común de referencia...*, op. cit., p. 6: De nuevo debemos dejar constancia de que nos encontramos ante un instrumento optativo de cara a su aplicación por las partes. En este momento la Comisión Europea hace hincapié en la especial relación existente entre el Marco Común de Referencia y los instrumentos Comunitarios que regulan la materia contractual y extracontractual, en relación con nuestro objeto de estudio, la cesión de créditos especial relevancia adquiere el Reglamento Roma I (objeto de estudio en posteriores páginas). El autor anterior se hace eco de las palabras reproducidas por la Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, Viviane REDING “En mi opinión el Instrumento Optativo debe armonizarse con las normas del Derecho Internacional Privado y con los Reglamentos

El artículo III.-5:101 regula el alcance del capítulo. Se entiende que la Sección se aplica a cualquier cesión de derechos con independencia de su origen (ya sea vía contractual o por cualquier otro acto jurídico. Sin embargo no será aplicable a la cesión de instrumentos financieros o de garantía cuya transmisión se realice mediante la inscripción en el registro correspondiente²⁹⁴.

El artículo III.-5:102 se encarga de precisar las definiciones esenciales en la materia, en el apartado primero se define el concepto de cesión de derechos, es el acto en virtud del cual una persona- cedente, transfiere un derecho a otra persona- el cesionario. En el apartado segundo se indica que también nos encontraremos en presencia de una cesión de derechos en el supuesto en el que se ceda un contrato o un acto jurídico. El artículo finaliza con el apartado tercero donde se establece que cuando se asigna a una parte un derecho cualquier referencia realizada a esta Sección se entenderá realizada a la parte objeto de cesión²⁹⁵.

De otro lado el artículo III.-5:103 regula el orden de cara a la adquisición del derecho o crédito objeto de cesión. Las cesiones con finalidad de garantía o de naturaleza fiduciaria se registrarán de forma preferente por las disposiciones contenidas en los Libros IX y X respectivamente.

El artículo III.-5:104 se encuentra dentro de la Subsección 2, es el encargado de especificar los requisitos para que la cesión de derechos sea eficaz, en líneas generales podemos afirmar los siguientes: el derecho a transferir debe existir, debe ser transferible, que la persona que pretenda ceder el derecho debe estar en condiciones

Roma I y II. Un instrumento optativo que estuviera restringido a las normas generales del derecho contractual, carecería de utilidad práctica, porque con ello daríamos de bruces con irresolubles problemas en el ámbito del derecho internacional privado”. Por segunda vez el autor se hace eco de las palabras de la Comisaria a la hora de explicar el alcance del que se quiere dotar al marco común de referencia: “el Instrumento Optativo no debería limitarse a los contratos transfronterizos. Después de todo debería ser considerado como un ordenamiento jurídico adicional que forma parte del derecho de cada uno de los estados miembros como *lex fori*”. De vital importancia para el estudio del citado capítulo Vid. VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law*, Sellier, Munich, European Law Publishers, GmbH, 2009, pp. 257-268.

²⁹⁴ Vid. VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions...*, op. cit., p. 257. De igual forma REPRESA POLO, M^a PATRICIA., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 60; GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen., *Efectos del conocimiento de la cesión en el derecho comparado y en el Draft Common of Reference*, V/Lex Global, p. 5.

²⁹⁵ VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions...*, op. cit., p. 258.

para realizar la transmisión, en todo caso se entiende que el cesionario tendrá preferencia frente al cedente de la transferencia del derecho realizada en virtud de un contrato o por cualquier otro acto jurídico, así como de la transferencia realizada por imposición de la Ley o por orden judicial. En relación con nuestro objeto de estudio, la cesión de créditos, la cuestión más importante de este artículo es aquella que establece que no será necesaria ninguna forma o alguna entrega específica para que el contrato de cesión se realice, lo único imprescindible será que “que el contrato o acto jurídico que cause la cesión pueda operar como la concesión de una titularidad y como la cesión misma, que por otra parte no requiere el consentimiento del deudor²⁹⁶”. Lo anterior tiene especial importancia en relación con el artículo III.-5113 por cuanto al tiempo de realizarse la cesión el cedente dejará de ser el acreedor a favor del cesionario. La cesión será válida siempre y cuando se ajuste a los requisitos que el artículo III.- 5110 exige para la validez de los contratos. De todo lo anterior se desprende que la cesión de créditos será “será el efecto de determinados negocios y dependiendo de cuál sea éste se determinará la eficacia de la cesión²⁹⁷”.

El artículo III.- 5:105 regula los supuestos de cesión de derechos, se entiende que cualquier derecho podrá ser cedido salvo que existiera provisión legal expresa en contrario²⁹⁸.

El artículo III.-5:106 admite la posibilidad de cesión de créditos futuros así como la posibilidad de cesión de créditos no determinados, el único requisito exigido es que los créditos fueran determinables y por ello individualizables al tiempo de realizarse la cesión²⁹⁹.

²⁹⁶ VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions...*, op. cit., p. 258. De igual forma REPRESA POLO, M^a PATRICIA., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 61; GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen., *Efectos del conocimiento de la cesión...*, op. cit. p. 5. Como ya habíamos comentado en relación con los Principios UNIDROIT, en este punto los dos instrumentos internacionales tienen grandes semejanzas por cuanto no importará el origen del contrato del que traiga causa la cesión con independencia de que sea contractual o no contractual. Sin embargo, como analizaremos en otro capítulo, dicha opción no será posible en relación con nuestra normativa interna puesto que nuestro ordenamiento exige que el contrato de cesión cumpla con la función de transmisión del crédito.

²⁹⁷ *Ibidem*

²⁹⁸ VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions...*, op. cit., p. 259.

²⁹⁹ *Ibidem*. La admisión tanto de cesiones parciales de créditos como de créditos futuros ya es de sobra conocida por nosotros ya que eran supuestos admitidos tanto en los Principios UNIDROIT como en los Principios del Derecho europeo de los contratos. Por desgracia la admisión de dicha posibilidad en

El artículo III.-5:107 recoge los supuestos de cesión parcial de derechos, la admisión de dicha posibilidad no tiene ningún inconveniente para aceptar su admisión en el caso de cesiones de prestaciones dinerarias. Mayores problemas se plantean en el caso de cesiones parciales de derechos derivados de obligaciones no dinerarias, en este caso se exigen unos requisitos adicionales como son: el deudor debe haber dado su consentimiento a la cesión parcial, la cesión parcial no deberá suponer un incremento de los costes para el deudor, en el caso de que así fuera el responsable del incremento de los costes será el cedente³⁰⁰.

El artículo III.-5:108 establece la ineficacia de las cláusulas de incesibilidad del crédito en relación con el acreedor. La misma lectura se desprende del artículo III.-5:116. En ambos casos se establece que los pactos de no cesión del crédito sólo serán eficaces entre el cedente y el deudor, por ende el deudor no podrá oponer que existe un pacto de no cesión en relación con el cesionario, sin embargo sí se podrá oponer al cesionario la excepción de prohibición de compensación siempre y cuando, la citada excepción (de compensación) sea existente en el mismo momento en el que el deudor sólo quedará liberado del cumplimiento de su obligación realizando el pago a favor del cesionario y no a favor del cedente. Por ello, todo dependerá de si el deudor ha dado su consentimiento a la cesión o no; ya que el deudor nunca quedará liberado de su obligación cumpliendo con el cedente cuando tuviera conocimiento de la misma o cuando realice alguna acción que llevara al cesionario a tener la creencia de que el citado pacto no existe o que el derecho trae causa u origen en una prestación de bienes y servicios³⁰¹

relación con el ordenamiento jurídico español sólo podremos observarla en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

³⁰⁰ *Ibidem*. De nuevo podemos observar las grandes semejanzas entre los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y el Marco Común de Referencia. En ambos casos se admite la cesión parcial de créditos, sin embargo en los dos supuestos se establece que si como consecuencia de la cesión parcial el patrimonio del deudor ha sufrido un perjuicio derivado de un aumento de los gastos, este deberá ser resarcido.

³⁰¹ VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions...*, op. cit., p. 260. De igual forma REPRESA POLO, M^a PATRICIA., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 63; GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen., *Efectos del conocimiento...*, op. cit., p. 7.

Los planteamientos anteriores también se deducían tanto de los Principios UNIDROIT, como de los Principios del Derecho Europeo de los contratos. En relación con la figura de la notificación se entenderá que el deudor quedará liberado del pago realizado a favor del cedente si no le hubiera sido notificada la cesión o si no hubiera tenido conocimiento de la misma por cualquier medio. Lo anterior será objeto de excepción en relación con la cesión de obligaciones estrictamente personales, se trataría de aquellos supuestos en los que el deudor hubiera concluido el contrato con el cedente derivado de sus especiales condiciones o características personales; y por lo tanto de conocer la transmisión de los créditos no hubiera concluido el contrato.

Lo anterior no es obstáculo para entender que en la mayoría de los ordenamientos se admite que el deudor quedará liberado de su obligación en el caso de cumplimiento a favor del acreedor originario siempre y cuando no hubiera tenido conocimiento de la cesión, estamos haciendo referencia a la figura jurídica del “acreedor aparente”. En este punto conviene analizar el artículo III.-5:119 el cual indica que el pago realizado por el deudor a favor del acreedor originario sólo tendrá efectos liberatorios si desconocía la cesión, una vez que tuviera conocimiento de la misma sólo quedará liberado del pago realizado a favor del cesionario, en caso de tener dudas de la transmisión del derecho o de la transmisión del crédito el deudor podrá pedir “prueba suficiente” de la cesión al cesionario³⁰².

Una vez aclaradas las cláusulas de incedibilidad del crédito debemos mencionar el artículo III.-5:109, el cual recoge los supuestos de transmisión de derechos que derivan de las condiciones personales del acreedor. Se entiende que un derecho no puede ser transferido cuando el contrato realizado entre el cedente y el deudor tuviese origen en las especiales condiciones personales o características del cedente, a salvo quedarán los supuestos en los que el deudor ha dado su consentimiento para que se realice la transferencia³⁰³.

De otro lado el artículo III.-5:110 regula los requisitos de forma para que el pacto de transmisión sea válido. Se deberán respetar las condiciones recogidas en los párrafos segundo y tercero del Libro IV en relación a la formación y validez de los contratos. Las reglas establecidas en el Libro IV sobre transferencia de contratos serán las encargadas de regular la transmisión de los créditos de forma gratuita, por otra parte el Libro IX que regula la transmisión de contratos con finalidad de garantía, será el encargado de regular los supuestos de transmisión de créditos con la citada finalidad³⁰⁴.

³⁰² *Ibidem*. La admisión de la opción anterior es lógica derivada del principio de buena fe. Dicha solución también se recoge en otros textos legales internacionales objeto de estudio en posteriores capítulos como sucede con el artículo 9.1 de la Convención de UNCITRAL sobre cesión de créditos internacionales.

³⁰³ VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions...*, op. cit., p. 260.

³⁰⁴ *Ibidem*

El artículo III.-5:111 pone fin a la subsección segunda, estableciendo que no es necesario que el crédito sea determinable al tiempo de producirse la transmisión, sólo será necesario que el crédito sea determinable al tiempo de realizarse la cesión³⁰⁵.

La Subsección tercera comienza y finaliza con el artículo III.-5:112 donde se regulan las obligaciones del cedente. Son las siguientes: en primer lugar, el cedente se compromete a la existencia del derecho en el momento de la transmisión o en el momento del cumplimiento de la obligación. En segundo lugar el cedente deberá garantizar al cesionario que el crédito no se verá afectado por un derecho de compensación existente previamente entre el cedente y el deudor. En tercer lugar, el cedente deberá certificar que el derecho de crédito no ha sido objeto de una cesión previa a favor de otro cesionario y que por ello que no está sujeto a ninguna garantía a favor de cualquier otra persona. En cuarto lugar el cedente se comprometerá a no modificar el contrato u el acto jurídico origen del crédito salvo que existiese consentimiento expreso del cesionario, el requisito anterior no será exigido en los casos de existencia de buena fe contractual o en los supuestos en los que la modificación es de tal naturaleza que el cesionario no pudiera objetar nada. En quinto lugar el cedente se debe comprometer a no suscribir o realizar cualquier acto posterior de cesión de los mismos derechos que pudiera implicar que otra persona tuviera prioridad en la adquisición de los mismos frente al cesionario. En sexto lugar el cedente se debe comprometer a realizar todos los actos necesarios para que el cumplimiento de las obligaciones se lleve a término y en último lugar el cedente no podrá garantizar al cesionario que el deudor vaya a tener o tenga capacidad de pago³⁰⁶.

La Subsección cuarta comienza con el artículo III.-5:113, el cual indica que tan pronto como se produzca la cesión el cesionario será el nuevo acreedor de la relación jurídica pasando a ocupar la posición del cedente³⁰⁷.

Por otra parte el artículo III.- 5:114 establece que la cesión será válida y por ende tendrá efectos jurídicos plenos cuando se cumplan todos los requisitos “básicos” recogidos en el artículo III.-5:104³⁰⁸.

³⁰⁵ *Ibidem*. Al igual que sucedía con los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho e Europeo de los Contratos.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 261.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 262.

El artículo III.-5:115 regula los derechos que son transferidos al cesionario, se entiende que serán transferidos al cesionario juntos con los derechos principales (en nuestro caso el crédito) todos los derechos accesorios e incluso los derechos con fines de garantía. Cuando la cesión de un derecho derive del cumplimiento de una obligación contractual, en nuestro caso la sustitución de la figura jurídica del cesionario serán aplicables las reglas contenidas en el artículo III.-5:302 (transferencia de posición contractual³⁰⁹).

El artículo III.-5:116 regula las excepciones y los derechos de compensación del deudor. En definitiva el artículo recoge el supuesto de no empeoramiento de la posición del deudor por la transmisión del derecho³¹⁰. El cedido tendrá derecho a oponer todas las excepciones materiales y procesales que hubiera podido oponer en relación con el cedente, lo anterior tiene una salvedad: los supuestos en los que el cesionario ya ha adquirido la creencia de que tales excepciones no existían o si la excepción se basara en la presencia de un pacto de no cesión regulado en el artículo III.5:116³¹¹.

El artículo III.-5:117 es el encargado de regular el cumplimiento del lugar de ejecución, se entiende que en el caso de prestaciones dinerarias el cumplimiento del lugar de ejecución (es decir el pago) podrá llevarse a cabo en cualquier lugar dentro del país pactado por las partes en el contrato y en el caso de Estados Miembros de la Comunidad Europea podrá realizarse el pago en cualquier lugar dentro de la Unión, el cedente será responsable del posible aumento de los costes que se produzca de cara al deudor cuando el lugar de cumplimiento de la obligación varíe. Lo anterior no podrá

³⁰⁸ *Ibidem*

³⁰⁹ *Ibidem*

³¹⁰ El principio de no empeoramiento de la posición jurídica del deudor por el hecho de la transmisión del crédito es comúnmente aceptado tanto en las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*”, como en los Principios UNIDROIT, como en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos como en nuestra legislación interna.

³¹¹ VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions...*, op. cit., p. 262. De igual forma REPRESA POLO, M^a PATRICIA., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp.62-63; GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen., *Efectos del conocimiento...*, op. cit., p. 7. La primera excepción que recoge el artículo tiene sentido de cara a la protección de la “aparición jurídica”, es decir se respeta la “doctrina de los actos propios”, nos referimos a los supuestos en los que el deudor con su actuación ha hecho pensar al nuevo acreedor o cesionario que no existe ningún tipo de excepción o que las que existen no podrá ser ejercitadas. La segunda excepción del artículo III.-5:116 tenemos que ponerla en relación con el artículo III.-5:108, es decir los supuestos de ineficacia de la cláusulas de no cesión del crédito en relación con el acreedor. Esta última excepción implica que los pactos de no cesión del crédito sólo tendrán eficacia entre el cedente y el deudor a pesar del hecho de que el deudor quedará liberado del pago realizado a favor del cedente.

darse en el supuesto de cumplimiento de obligaciones no dinerarias, en este supuesto el lugar de cumplimiento o de ejecución de la obligación deberá ser el pactado por las partes en el contrato³¹².

La Subsección cuarta finaliza con el artículo III.-5:118 donde se recogen los supuestos de invalidez inicial de la cesión, estamos haciendo referencia a los supuestos en los que el contrato o acto jurídico del que trae causa la cesión en nulo, se entiende que en estos casos también será nulo el acto de transmisión³¹³.

La Subsección quinta comienza con el artículo III.-5:119 y finaliza con el artículo III.-5:120. Los dos artículos están destinados a la protección del deudor. Se entiende que la cesión será eficaz y válida con independencia de que el deudor no hubiera tenido conocimiento de la misma. El artículo III.-5:119 no exige que el deudor sea notificado para que la cesión sea válida. Entendemos que la finalidad del Marco Común de Referencia en este punto es priorizar la agilidad de las transacciones comerciales frente a una “menor protección” del deudor, en este caso el requisito de la notificación desaparece como requisito para que la cesión pueda ser oponible al deudor y por ello como único medio de conocimiento para modificar los efectos del pago liberatorio en relación con el cedente. Aquí podemos decir que la regulación del Marco Común de Referencia se separa de la regulación de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos al igual que sucede con otros textos internacionales, puesto que los Principios del Derecho Europeo de los Contratos indicaban que el deudor sólo tendrá obligación de cumplir en relación con el cesionario cuando la cesión le hubiera sido notificada de forma escrita por el cedente, “con expresa individualización del crédito antes de ese momento (art. 11:303)³¹⁴”. Al contrario de lo que sucede en el Marco Común de Referencia donde el deudor quedará liberado de la obligación si paga al cedente en el supuesto de desconocimiento de la cesión y también quedará liberado del pago realizado a favor de una persona que en un primer ha sido identificada por el cesionario como

³¹² *Ibidem*. Dicha opción es muy lógica y ya la habíamos explicado dentro de los Principios del Derecho Europeo de los contratos, el pago en el caso de prestaciones dinerarias podrá realizarse en cualquier país comunitario, no obstante si el cesionario cambia el lugar de pago, el cedente responderá ante el deudor del posible incremento de los gastos por cambio del lugar de cumplimiento de las obligaciones.

³¹³ VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions...*, op. cit., p. 264.

³¹⁴ VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions...*, op. cit., p. 264. De igual forma REPRESA POLO, M^a PATRICIA., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp.61-62; GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen., *Efectos del conocimiento...*, op. cit., p. 6.

acreedor y posteriormente se confirmara lo contrario. Lo anterior sólo será válido cuando se compruebe que la actuación ha sido realizada sobre la base de la buena fe contractual, en definitiva que el deudor no tuvo conocimiento de la cesión. La opción anterior también es respetable sobre la base del “acreedor aparente”. Los citados artículos también aportan soluciones para los casos dudosos, estamos haciendo referencia a los supuestos en los que el deudor tiene un conocimiento indirecto de la cesión, es decir, el deudor no ha sido notificado “formalmente” pero ha tenido conocimiento de la misma o cree “de forma razonable” que el acreedor ha cambiado. En este caso el deudor podrá suspender el pago y pedir al nuevo acreedor o cesionario que aporte prueba suficiente de la cesión (art. III.-5:120). El deudor suspenderá el cumplimiento de la obligación hasta que no conozca con exactitud al acreedor³¹⁵.

La Subsección sexta es la encargada de poner fin a la Sección Primera, regula las relaciones de prioridad. En el artículo III.-5:121 indica las reglas de prioridad cuando en el supuesto en concreto existen varios cesionarios, se entiende que tendrá preferencia el cesionario que haya notificado en primer lugar al deudor la transmisión. El deudor quedará liberado del pago realizado al cesionario que le hubiera notificado en primer lugar con independencia de que hubiera tenido conocimiento de la existencia de más cesionarios³¹⁶. El artículo III.-5:122 establece que el cesionario tendrá prioridad para el cobro de la obligación en relación con acreedores del cedente ajenos a la relación jurídica³¹⁷.

Debemos finalizar el estudio del Marco Común de Referencia indicando que no suponen un enorme avance en relación con los Principios de Derecho Contractual Europeo y en relación con los ordenamientos europeos (como sucede con el caso español) que recogían la eficacia inmediata de la cesión. Sin embargo, debemos reconocerle el mérito de aclarar la validez de la suspensión de la obligación del deudor hasta que no tenga conocimiento exacto del nuevo acreedor. Podemos concluir que el

³¹⁵ *Ibidem*. La posibilidad del deudor de petición al cesionario de una “prueba suficiente” de que es el nuevo acreedor es admitido en todos los instrumentos internacionales estudiados como medida de protección de la posición jurídica del deudor.

³¹⁶ VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions...*, op. cit., p. 265. Las reglas de prioridad entre cesionarios coinciden entre los Principios UNIDROIT, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, el Marco Común de referencia y nuestra normativa (objeto de estudio en otro capítulo) en todos los casos se entiende que lo más lógico es dar prioridad al cesionario cuya cesión ha sido comunicada al deudor en primer lugar.

³¹⁷ *Ibidem*

deudor no queda protegido de forma absoluta y con validez universal, más al contrario el deudor quedará protegido sobre la base del principio de la buena fe contractual, en definitiva su actuación deberá ser diligente en la medida de lo posible de tal forma que en caso de duda suspenda el pago hasta que no tenga certeza absoluta de la titularidad del crédito. Llegados a este punto podemos plantearnos el siguiente interrogante: ¿No estaremos agravando en exceso la posición del deudor? ¿No será demasiado gravoso para el tener que averiguar quien es el nuevo acreedor? ¿No será suficiente para el deudor consumir la obligación de cumplimiento?

1.6 El Código Civil Europeo en materia contractual

Alrededor de los años 90 la Comisión de las Comunidades Europeas planteó la necesidad de la existencia de una legislación uniforme en el ámbito comunitario de cara a conseguir el correcto funcionamiento del intercambio de bienes y servicios. Lo anterior sólo podría alcanzarse con la existencia de una única regulación en materia contractual. La Comunidad Europea intentó suplir la citada deficiencia a través de Reglamentos Comunitarios y de diferentes Directivas que regulan de forma específica el derecho contractual europeo. Sin embargo con el paso del tiempo se plantea la necesidad de dar un paso más allá e intentar elaborar un “Código de Contratos con vigencia general en todos los países europeos³¹⁸”.

Ante la perspectiva anterior se producen varias iniciativas legislativas de cara a la unificación del derecho privado en el ámbito comunitario. Destaca la “Academia de *Iusprivatistas Europeos*” con localización en Pavía (Italia); la doctrina anterior elaborará un “Anteproyecto de Código Civil Europeo” cuyo texto final alcanzará los 173 artículos³¹⁹. Los autores anteriores parten de las siguientes premisas: entienden que la

³¹⁸ DE LOS MOZOS, José Luis Y DE CORES, Carlos., “Código europeo de contratos: Libro I: De los contratos en general, Libro II, Título I: De la Compraventa”, Academia de Pavía en *Biblioteca Iberoamericana de Derecho*, Madrid, ed., Reus, 2009, pp. 13-14.

³¹⁹ *Ibidem*, compartimos la opinión de los citados autores al entender que la más importante aportación en la materia fue la realizada por GANDOLFI Giuseppe <<pues a diferencia de los proyectos presentados por LANDO OLÉ Y BEALE, Hugh.,, (autores de los Principios UNIDROIT y de los libros I y II de los PECL); por BAHR Von en Alemania (Código europeo de derecho privado), así como las premisas elaboradas por la “Society of European Contract Law” (grupo formado por GRUNDMANN en Alemania, por BIANCA en Italia y por COLLINS en Inglaterra>> pues supone una verdadera innovación en la materia ya que el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos no reproduce los principios insertos en anteriores textos sino que supone “un nuevo catálogo de normas precisas susceptibles de aplicación directa por el intérprete”.

unificación de los “Principios” existentes en los diferentes ordenamientos es prácticamente imposible, por el contrario si podrá admitirse la “unificación de normas y soluciones concretas”³²⁰. La necesidad de unificación sufre un impulso tras la Comunicación de la Comisión Europea sobre derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001³²¹ y tras la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros, así como el “plan de acción” de la Comisión de 12 de febrero de 2003³²². La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de julio de 2011 impone un plazo para que todos los que estuvieran interesados realizaran las oportunas consideraciones, en ese momento la Academia de Pavía presentó una “Comunicación de Derecho Contractual Europeo” donde se llegan a las siguientes conclusiones³²³: En primer lugar se establece la necesidad de elaborar una nueva legislación comunitaria uniforme para todos los Estados miembros. La segunda conclusión implica eliminar las discrepancias existentes en los distintos ordenamientos de cara a la consecución de un correcto funcionamiento del mercado interior. La tercera premisa a la que llegan este grupo de expertos es que las normas de Derecho Internacional Privado y las normas extraídas de la Convención de Viena no son por sí mismas suficientes para alcanzar el objetivo del mercado común. En cuarto lugar los expertos indican que ni la práctica habitual de los operadores internacionales ni el aumento de las directivas comunitarias podrá “afrontar adecuadamente el problema de la realización del Derecho de contratos en la Unión Europea”³²⁴. La sexta conclusión a la que llegan es que una mejora de la legislación existente no sería suficiente para resolver los problemas actuales del mercado interior. La séptima y última conclusión presentada por este grupo de expertos

³²⁰ *Ibidem*, p. 16.

³²¹ COM (2001) 398 final. A partir de la citada Comunicación de la Comisión el proceso para la elaboración del futuro “Código Civil europeo” toma un nuevo impulso: “(...) parece que hayamos entrado en una nueva fase, como si se fuera a hacer algo de inmediato, decisivo e importante en este terreno, por las instancias políticas comunitarias que reconocen, en ese singular documento, que la integración europea no se puede seguir haciendo, solamente, como se ha hecho hasta ahora”: DE LOS MOZOS, José Luis., “El anteproyecto de Código Europeo de los contratos de la Academia de Pavía”, en *Diario La Ley*, nº 5, octubre de 2002, p. 1768-1776 (versión pdf 18 p.); de igual forma Vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio., “Código Civil Europeo: ¿por qué, cómo y cuándo?”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (coord.), Vol. 1, Semblanzas, Derecho Civil, Parte General, Madrid, Civitas, 2002, pp. 351 y ss (versión pdf 33 p.)

³²² Vid respectivamente COM (2001) 398; C5-0471/2001-2001/2187 (COS); COM (2003) 68 final.

³²³ DE LOS MOZOS, José Luis., “El anteproyecto de Código Europeo...”, op cit., p. 1; debemos tener presente que el presidente de la citada Academia era DE LOS MOZOS, José Luis y el coordinador GANDOLFI Giuseppe.

³²⁴ *Ibidem*, p. 2

conlleve la necesidad de elaborar una nueva regulación para solventar los problemas del derecho contractual europeo³²⁵.

El Parlamento Europeo con su Resolución de 15 de noviembre de 2001 establece un plan de actuación: Crear el “Instituto Jurídico Europeo” antes del 2002³²⁶, recopilar la legislación y jurisprudencia existente en el ámbito contractual, la realización de estudios en el ámbito del Derecho comparado así como la elaboración de posturas, premisas y conceptos comunes, lo anterior deberá realizarse con la fecha límite del 2004. En el año 2005 deberían haberse publicado todas las conclusiones comunes y los análisis comparativos que pasarían a incluirse dentro de los planes de estudio de las Instituciones Europeas. A partir del año 2006 se elaboraría una legislación europea que diera la posibilidad a los Estados de aplicar los citados términos y principios comunes; en el año 2008 se comprobarían los resultados obtenidos de la aplicación práctica de los citados principios y por último en el año 2010 se elaborarían “las reglas comunes del Derecho Contractual Europeo³²⁷”.

Sin embargo, una vez analizado todo lo anterior podemos afirmar que las premisas recogidas en la Resolución del Parlamento han tenido más aplicación teórica que práctica. En la mayoría de los casos simplemente se han elaborados Principios dispositivos para las partes y lo único que tenemos actualmente es un Anteproyecto del Código Civil Europeo³²⁸.

En relación con la estructura del Anteproyecto de Código Civil Europeo podemos afirmar lo siguiente: el Anteproyecto se divide en dos Libros. El Libro primero es el encargado de regular los contratos en general y por el contrario el Libro segundo

³²⁵ *Ibidem*

³²⁶ *Ibidem*, del citado instrumento a fecha de hoy todavía no tenemos noticias.

³²⁷ *Ibidem*. Hoy en día podemos afirmar que las premisas recogidas en la Resolución del Parlamento han tenido más aplicación teórica que práctica. En la mayoría de los casos simplemente se han elaborados Principios dispositivos para las partes y lo único que tenemos hoy en día es un Anteproyecto del Código Civil Europeo coordinado por GANDOLFI.

³²⁸ DE LOS MOZOS, José Luis., “El anteproyecto de Código Europeo...”, op cit., p. 1; CÁMARA LAPUENTE, Sergio., “Código Civil Europeo...”, op. cit., p. 350; DE CORES, Carlos., “Código europeo de contratos: Libro I: De los contratos en general...”, op. cit., p. 18: en líneas generales podemos afirmar que el proyecto de GANDOLFI tiene como base el “Libro IV del Codice Civile italiano y el Contract Code de MAC GREGOR”. Cuando nos referimos al Contract Code de MAC GREGOR estamos haciendo referencia al proyecto realizado por MAC GREGOR con la finalidad de unificar las normas en materia contractual tanto de la legislación inglesa como de la escocesa. El citado proyecto finalmente no fue aprobado pero sí marcó las bases para los juristas de la Academia de Pavía.

reglamenta los contratos en particular³²⁹. El Libro Primero se compone de once títulos cuyo contenido son los siguientes: El Título I regula las “Disposiciones Preliminares”, el Título II establece la “Formación del Contrato”, el Título III indica el “Contenido del Contrato”, el Título IV reglamenta la “Forma del Contrato”, el Título V codifica todo lo referente a la “Interpretación del Contrato”, el Título VI es el encargado de resolver todos los problemas relacionados con los “Efectos del Contrato”, el Título VII recoge los supuestos de “Cumplimiento de las Obligaciones Contractuales”, el Título VIII sistematiza los casos de “Incumplimiento del Contrato”, el Título IX es el encargado de reglamentar la “Cesión del Contrato”, en relación con nuestro objeto de estudio es el más importante puesto que en su Sección Segunda regula la cesión del crédito en los artículos 121 a 124; el Título X codifica los “Efectos de la Extinción del Contrato y las posibles relaciones que nacen del mismo” y por último el Título XI es el encargado de indicar las posibles “anomalías del contrato y sus remedios”. Como ya hemos adelantado anteriormente en el Libro Segundo se regulan los contratos en particular, se compone de un solo Título donde se sistematiza todo lo relacionado con el contrato de compraventa³³⁰. A continuación desarrollaremos los artículos más relevantes en relación con la materia objeto de estudio:

La primera opción a tener en consideración es la impuesta por el artículo 90, el cual reglamenta los supuestos de incumplimiento definitivo del contrato por parte del deudor, pese a que la opción ya estaba recogida en el *Codice Civile* el Anteproyecto introduce una importante novedad puesto que intenta llegar a una solución “un poco más conciliadora” para las partes; “buscando crear una especie de ámbito prejudicial que por un lado facilita la solución amigable de las crisis contractual y por el otro preconstruye prueba para el caso de que sea necesario acudir judicialmente”. En el artículo se establece un sistema de intercambio de documentos y unos plazos a respetar a fin de evitar la solución judicial. En concreto el artículo 90 indica que para el supuesto en el que el deudor comunique por escrito al acreedor su voluntad de incumplimiento del contrato, el acreedor tendrá la opción de contestarle por escrito y dentro del plazo de los ocho días siguientes (sin posibilidad de aplazamiento) dar por incumplido el contrato. Si el acreedor no realiza el citado escrito no tendrá más opción que aceptar el

³²⁹ Para un estudio pormenorizado del Anteproyecto Vid. DE LOS MOZOS, José Luis Y DE CORES, Carlos., “Código europeo de contratos...”, op. cit., 174 p.

³³⁰ *Ibidem*, pp. 173-174.

posterior cumplimiento de la obligación por parte de un “arrepentido deudor”. Una vez recibido el escrito el deudor tendrá otra posibilidad, dentro de un nuevo plazo de 8 días podrá contestar al acreedor en los ocho días siguientes, sólo cuando el deudor tras el paso de otros 8 días no reconsidere su posición de incumplimiento podrá dirigirse al Juez competente (para lo cual existirá un nuevo plazo de 30 días). Si de los actos del deudor no se deriva ninguna actuación positiva se entenderá un incumplimiento efectivo y definitivo del contrato³³¹.

Parecida solución “extrajudicial” es la que acoge el artículo 91, en el se establece que si antes de que finalice el plazo para cumplir con el contrato el deudor entiende que no están en “condiciones de cumplir” o que en todo caso el cumplimiento que realizara fuera defectuoso se admite la posibilidad de que el acreedor comunique por escrito al deudor (en este caso existe un plazo de 15 días) la necesidad de que este último aporte “una garantía apropiada de futuro cumplimiento” en defecto de la citada “prueba” se entenderá un incumplimiento efectivo y definitivo por el deudor. En última instancia, si el deudor no transmite la “garantía” en el plazo de ocho días y sólo cuando el acreedor no reconsidere su actitud podrá dirigirse al juez dentro de los treinta días siguientes. Si de los actos del deudor no se deriva ninguna actuación positiva se entenderá un incumplimiento efectivo y definitivo del contrato³³².

El artículo 98 también se encarga de regular el incumplimiento del contrato, establece que también existirá incumplimiento del contrato en el supuesto en el que el deudor decide no realizar la prestación alegando que ha recibido de un tercero una prestación más ventajosa³³³.

Una vez analizado el posible incumplimiento del contrato en relación con el objeto, es decir, la prestación debida, debemos analizar la novedad introducida por el artículo 99 en relación con los denominados “deberes de protección” ya recogida en legislaciones europeas; el artículo indica en líneas generales que una vez que ya se ha ejecutado la prestación el deudor podrá adoptar todas las medidas que estime apropiadas con el objeto de evitar cualquier perjuicio adicional al acreedor, a sus bienes o a sus

³³¹ *Ibidem*, p. 24

³³² *Ibidem*, p. 69

³³³ *Ibidem*, p. 25

“auxiliares”. En el supuesto en el que el deudor no llevara a cabo el “deber de protección” se entenderá que la prestación ha sido incumplida si el daño se ha producido durante la ejecución o a causa de la misma, en este caso nos encontramos ante una responsabilidad contractual. Por el contrario nos encontraremos ante una responsabilidad extracontractual o “aquilina” cuando el daño no derive de la ejecución del contrato o no sea causa directa de la ejecución³³⁴.

En relación con la resolución del contrato debemos mencionar el artículo 107 y el artículo 114. El artículo 107 establece que para que el contrato sea resuelto por incumpliendo deberá ser un “incumplimiento relevante” es decir, deberá afectar a las “prestaciones más importantes”, en definitiva que se despoje al acreedor de lo que el contrato le otorgaba o a lo que el contrato le daba derecho. Se entiende que el incumplimiento es relevante cuando es total, en el caso de incumplimiento parcial será relevante cuando el acreedor ya no tenga “ningún tipo de interés” por el cumplimiento del resto del contrato. Por todo ello podemos afirmar que nos encontraremos ante prestaciones secundarias cuando “tengan una importancia mínima” para las partes intervinientes en la relación contractual y para el acreedor³³⁵.

En el supuesto de producirse un incumplimiento relevante el artículo 114 establece la opción de resolución del contrato de forma “extrajudicial” por parte del acreedor, siempre y cuando otorgue al deudor (mediante un plazo no inferior a 15 días) la opción de ejecución de la prestación; en el supuesto en que el deudor no cumpla con la ejecución se entenderá que el contrato ha sido incumplido. Igualmente se admite la posibilidad de una resolución parcial³³⁶.

En relación con nuestra materia objeto de estudio: la cesión de créditos, podemos adelantar (lo desarrollaremos en posteriores líneas) que el Anteproyecto realiza una

³³⁴ *Ibidem*. Se entiende que es una solución que la doctrina ha agregado al contrato para “beneficiar a la víctima en caso en los casos de lesiones corporales o muerte, obligaciones de seguridad”. La regulación anterior no es nueva en Europa puesto que era una posibilidad admitida por la legislación francesa desde comienzos de siglo. En todo caso las “nuevas legislaciones” europeas se están haciendo eco de la anterior posibilidad, un ejemplo de ello lo encontramos en el § 241 apartado segundo del BGB introducido en la reforma de enero de 2002 donde se admiten los deberes de protección “Shutspflichten” al margen de los deberes contractuales “Leistungspflicht”. El § 282 del BGB prevé la correspondiente indemnización por el incumplimiento de los deberes de protección.

³³⁵ *Ibidem*, p. 26. La solución anterior se asemeja en gran medida a la introducida por el artículo 25 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

³³⁶ *Ibidem*

“amplia y minuciosa regulación”. En todo el estudio de la materia debemos tener presente una idea fundamental: los artículos del Anteproyecto siguen el esquema de la cesión de créditos no endosables, por lo tanto los requisitos fijados no serán aplicables a las cesiones globales de créditos realizadas por bancos o empresas, es decir, no tendrán cabida para los supuestos de *Factoring* que se regirán por las normas específicas del sector o por los usos uniformes³³⁷.

Otra novedad introducida por el Anteproyecto son las anomalías del contrato y los remedios recogidos en los artículos 137 a 173 en definitiva (Título XI). De forma general podemos indicar que el Anteproyecto hace que el Juez adopte una posición trascendental de cara al resarcimiento del daño. En concreto el artículo 168 admite una “valoración equitativa del daño” cuando la existencia del mismo sea un hecho probado pero sea imposible averiguar el montante final incluso a través de peritos. Será el juez el que deba determinar la entidad de los daños tras el análisis de las correspondientes pruebas periciales y de los datos que en relación con el crédito aportaran las partes. Además el juez tendrá la potestad de reducir la cuantía de la condena cuando esta sea ilógica teniendo en cuenta las condiciones especiales del deudor. La pena también podrá reducirse cuando exista un incumplimiento parcial en relación con el “interés del acreedor en el cumplimiento” así se desprende de la lectura del artículo 170³³⁸.

Una vez explicadas las principales novedades del Anteproyecto del Código Civil Europeo debemos centrarnos en el Título IX el cual regula la Cesión del Contrato y las relaciones nacidas del mismo. Por ende, la cesión de créditos será objeto de estudio dentro del tema referido a la cesión del contrato de forma general; en concreto la Sección Segunda será la encargada. A continuación analizaremos los artículos 121 a 124³³⁹.

³³⁷ *Ibidem*, el estudio de la figura jurídica del *Factoring* (a pesar de que ya hemos adelantado breves pinceladas de la cuestión) se realizará en un capítulo posterior.

³³⁸ *Ibidem*. La posibilidad de reducción equitativa de la pena ya estaba en otros ordenamientos con sucede con el reformado Código francés y con el Código Civil italiano. Las soluciones adoptadas en los dos artículos anteriores son lógicas sobre la base de la función que cumple la pena, en los ordenamientos mencionados y de la lectura del Anteproyecto se desprende que la pena cumple una función de “reparación de los daños, por lo que el acreedor sólo puede acumular su pedido con el de cumplimiento si la pena ha sido pactada para el simple retardo”.

³³⁹ *Ibidem*, pp. 84-87.

El artículo 121 establece el concepto de transferencia de los créditos. Se divide en seis apartados cuyo contenido es el siguiente³⁴⁰: En el apartado primero se regulan los supuestos de transmisión de créditos con origen contractual, se entiende que los citados créditos podrán ser transferidos a un tercer interviniente o a cualquier otro sujeto interesado, de forma parcial o total con independencia de que el crédito no sea exigible en ese momento siempre y cuando no sea un crédito de carácter personal. La citada transmisión no podrá producirse en el supuesto en el que la prohibición de cesión venga impuesta por imperativo legal, por la existencia de un pacto previo inter partes o porque así se derive de la propia naturaleza del crédito³⁴¹.

El segundo párrafo recoge el supuesto de cesión parcial del crédito, en estos casos se admite la posibilidad de que el juez impongan al cedente y al cesionario la posibilidad de que actúen en litis consorcio frente al deudor cedido³⁴².

El párrafo tercero se ocupa de los supuestos de cesiones futuras de créditos, el único requisito imprescindible es que pueda ser determinado de conformidad con el artículo 31 del Anteproyecto. El efecto traslativo sólo podrá producirse cuando el crédito exista para el cedente³⁴³.

El párrafo cuarto regula la prohibición de cesión por vía convencional; se entiende que la citada prohibición será oponible al cesionario cuando el deudor cedido pruebe que el primero tenía conocimiento de la misma al tiempo de realizarse la cesión. Así pues la prohibición implicará que el cesionario no adquiera el derecho de crédito frente al deudor cedido³⁴⁴.

En el párrafo quinto se desarrollan los créditos no susceptibles de cesión, ya sea por la propia naturaleza del crédito, ya sea por la naturaleza del contrato³⁴⁵. El artículo 121 finaliza con el estudio del párrafo sexto donde se establece que el cedente y cesionario

³⁴⁰ *Ibidem*, pp. 84-85.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 84.

³⁴² *Ibidem*

³⁴³ *Ibidem*. Aunque el estudio de los créditos futuros en nuestra normativa se desarrollará en un capítulo posterior podemos adelantar que en nuestra normativa actual no se admite dicha posibilidad, sólo tendrá cabida en el “Proyecto de Código Mercantil impulsado por el Ministro de Justicia RUIZ GALLARDÓN.

³⁴⁴ *Ibidem*

³⁴⁵ *Ibidem*. En estos casos la cesión se consideraría nula puesto que supondría una modificación sustancial del contenido de la obligación origen del crédito objeto de cesión.

podrán pactar que este último cumpla de manera expresa con determinadas obligaciones³⁴⁶.

Continuamos el estudio de la cesión de créditos con el artículo 122, es el encargado de regular los modos y efectos de la cesión. Se divide en ocho apartados de cuya lectura se desprende los siguientes³⁴⁷:

El apartado primero indica que la transmisión del crédito será válida sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor. Lo anterior es lógico siempre y cuando no lo impida la naturaleza del propio crédito o del contrato origen del mismo³⁴⁸.

El apartado segundo indica que el cedente y el cesionario podrán realizar un contrato de cesión de créditos oneroso o gratuito de carácter obligatorio, así pues el crédito se transmitirá mediante un segundo contrato de cesión con naturaleza “abstracta”. El cedido podrá alegar en última instancia la invalidez o ineficacia del último contrato pero no del primero³⁴⁹.

En el párrafo tercero establece la posibilidad de que el cedente transmita un crédito al cesionario en virtud de un contrato celebrado a título oneroso o gratuito con el simple requisito del consentimiento entre las partes. El párrafo cuarto indica que en los párrafos segundo (cesión de créditos a título oneroso o gratuito con carácter obligatorio) y tercero (cesión de créditos con el simple consentimiento) sólo tendrá efectos la cesión en relación con el deudor cedido cuando esta le hubiera sido notificada o cuando el deudor la hubiera aceptado. Si la notificación no se hubiera producido y por lo tanto el deudor no hubiera aceptado la misma, no quedará liberado de su obligación si realiza el pago a favor del cedente cuando se demuestre por el cesionario el conocimiento de la misma por el deudor. Finalmente debemos tener en consideración que la comunicación de la cesión al deudor podrá coincidir con la solicitud de cumplimiento³⁵⁰.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 85

³⁴⁷ *Ibidem*, pp. 85-86.

³⁴⁸ *Ibidem*, p 85.

³⁴⁹ *Ibidem*

³⁵⁰ *Ibidem*

El párrafo quinto indica que los contratos, las declaraciones y los actos de comunicación y aceptación de los anteriores apartados deberán cumplir con las premisas del artículo 36 apartado segundo en relación con el crédito cedido³⁵¹.

El apartado sexto inserta una nueva especificación en esta materia, al indicar que en los supuestos de los apartados segundo (contrato oneroso o gratuito obligatorio) y tercero del presente artículo (cesión con contrato oneroso o gratuito con el simple consentimiento) se entenderá que la cesión podrá ser oponible a terceros de buena fe siempre y cuando los posteriores contratos, la comunicación o la aceptación provenga de documentos con fecha cierta salvo que de nuevo las partes prueben que el deudor ya tenía conocimiento de la cesión. En el supuesto de que el mismo crédito hubiera sido cedido varias veces se entiende que tendrá preferencia el que primero hubiera comunicado la cesión al deudor o en todo caso la que hubiera aceptado el deudor a través de un acto con fecha cierta³⁵².

El apartado séptimo indica que la cesión del crédito también implicará la cesión de todos los derechos accesorios de este salvo los que sea estrictamente personal. Lo anterior tendrá cabida salvo pacto en contrario³⁵³.

El artículo 123 finaliza con el apartado octavo menciona de forma expresa que los artículos anteriores no serán aplicable a las operaciones de *factoring* ni a las cesiones masivas de créditos realizadas por bancos. A estas operaciones les será aplicable la correspondiente normativa del concreto sector y en su defecto los usos del comercio³⁵⁴.

El artículo 124 es el último artículo que se ocupa de la cesión del crédito, regula los derechos de las partes, a su vez se divide en 4 apartados los cuales indican lo siguiente: El apartado primero indica que el cesionario adquiere los mismos derechos que los correspondientes al cedente. El apartado segundo indica que el deudor cedido podrá

³⁵¹ *Ibidem*, el requisito adicional en estos supuestos sería la necesidad de la forma escrita para los contratos con valor superior a 5000 euros. Además para que los documentos puedan oponerse a terceros intervinientes será necesario que los documentos tengan fecha cierta salvo que se prueba que el tercero tenía conocimiento de ellos.

³⁵² *Ibidem*

³⁵³ *Ibidem*, p. 86

³⁵⁴ *Ibidem*. No podemos saber hasta que punto no es lógico aplicar esta normativa a los contratos de *factoring*, entendemos que el legislador ha querido que dichos supuestos sólo puedan regularse por la normativa específica.

oponer al cesionario las mismas excepciones que tuviera en relación con el cedente hasta el tiempo de la transmisión, en todo caso podrá oponer además excepciones relacionadas con la invalidez de la cesión (a salvo quedarán los supuestos del artículo 122 apartado segundo) y en el supuesto en el que no hubiera dado su consentimiento podrá oponer todas las excepciones “relativas a su inadmisibilidad convencional en los límites previstos por el artículo 121 apartado cuarto³⁵⁵”. El apartado tercero establece que cuando el deudor no sepa a ciencia cierta a quien debe la prestación podrá obtener autorización judicial de cara a realizar la consignación³⁵⁶. El apartado cuarto indica que los presentes artículos serán aplicables a las cesiones realizadas por imperativo legal, además especifica que el que “ha cumplido sucede en sus derechos al acreedor en los límites de los que haya pagado, si se trata de una deuda de la que debe responder, puede reclamar, hasta el momento del cumplimiento, que se le subrogue, y sucede en los derechos del acreedor, en los límites de lo que haya pagado, mediante una declaración unilateral y simultánea al pago a la que se aplica lo dispuesto en el artículo 36 apartado segundo”. Por otra parte la Sección 3ª tendrá por objeto la regulación de la cesión de la deuda.

Una vez desarrolladas las principales características del Anteproyecto de Código Civil Europeo debemos realizar el siguiente planteamiento: ¿Por qué es útil en estos momentos la elaboración de un Código Civil Europeo cuando nos encontramos según la doctrina más autorizada ante la edad de la decodificación³⁵⁷? “ La crítica jurídica, ya desde finales del siglo XIX, ha venido erosionando el conjunto de premisas que fundan la visión decimonónica del contrato y de la autonomía de la voluntad, cuestionando sus pretensiones de consagrar un sistema absoluto, inmutable y mecánico perfecto de regulación de las relaciones privadas, estructurado en códigos complejos y carentes de vacíos, que sería idóneo para regular la totalidad de las transacciones sobre la base del irrestricto respeto a la autonomía privada...”. Todo lo anterior conllevaba la necesidad de una regulación más específica en determinadas cuestiones sectoriales que regulan cuestiones muy concretas como pudieran ser los supuestos de consumidores, competencia, relaciones de trabajo, derecho bancario, derecho del asegurado... El planteamiento anterior puede ser contestado abduciendo que hoy en día no nos

³⁵⁵ *Ibidem*

³⁵⁶ *Ibidem*

³⁵⁷ Vid. IRTI, Natalito., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 162 y ss. Del mismo modo Vid. DE CORES, Carlos., *Código europeo...*, op. cit., p. 27.

encontramos ante un auténtico proceso de descodificación puesto que las materias reguladas independientemente de nuestro Código Civil podrían ser consideradas como nuevas codificaciones³⁵⁸.

Podemos afirmar la necesidad del Anteproyecto de Código Civil Europeo puesto que nos encontramos ante un instrumento internacional “resultado de utilizar el Derecho comparado con finalidades de integración³⁵⁹”, nos encontramos ante un Código que presenta un conjunto de soluciones a unos problemas concretos y por ende ya no nos encontramos ante “un código en el sentido decimonónico de la expresión”. Y lo más importante es que cada solución “responde a las coordenadas más actuales del arte, por cuanto en su confección se han tenido presente la doctrina más recibida en los principales países de Europa, de tradiciones jurídicas diferentes pero reconocibles en sus aspectos prácticos básicos³⁶⁰”.

Una vez dejado latente la necesidad de un Código Europeo en materia de contratos, podemos realizar las siguientes críticas al anteproyecto: en primer lugar, podemos destacar el estilo del lenguaje utilizado, el estilo es diferente al que estamos acostumbrados, el Anteproyecto de Código Civil Europeo fue traducido al derecho español; por lo tanto, sus fuentes no se remontaba a la tradición hispana sino que provenían del derecho italiano y más concretamente del derecho francés y del derecho alemán; lo cual plantea numerosos problemas a la hora de entenderlo e interpretarlo. En segundo lugar y relacionado con lo anterior (la traducción) podemos observar en el texto numerosas remisiones que complican la lectura del mismo y que podrían haber sido suprimidas con una simple corrección de estilo. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos con la regulación pormenorizada que la Sección 2ª del Título II realiza de la conclusión del contrato, en este caso el Anteproyecto una vez más se hace eco de la elaborada tradición inglesa. Sin embargo, en otros temas mucho más complicados y en los que hubiera sido necesaria una regulación exhaustiva, el Anteproyecto deja mucho que desear y en ocasiones es demasiado complicado, estamos haciendo referencia a la regulación de la causa. Desde el punto de vista contrario debemos mencionar el agrado que nos produce la regulación de ciertas materias como sucede con los actos

³⁵⁸ DE CORES, Carlos., *Código europeo...*, op. cit., p. 28.

³⁵⁹ DE LOS MOZOS, José Luis., “El anteproyecto de Código Europeo de los contratos...”, op. cit., p. 10.

³⁶⁰ DE CORES, Carlos., *Código europeo...*, op. cit., p. 28.

unilaterales, la regulación del incumplimiento contractual, la oferta, la promesa al público, la publicidad...³⁶¹. Por otro lado podemos afirmar que el Anteproyecto de Código Civil Europeo reproduce en cierto modo las consideraciones de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, de los Principios UNIDROIT y del Marco Común de Referencia en relación con cuestiones importantes como pudieran ser: el principio de no empeoramiento de la posición jurídica del deudor. El pago liberatorio del deudor en relación con el cedente cuando no hubiera tenido conocimiento de la cesión. El hecho de que tendrá preferencia para el cobro el cesionario que hubiera notificado la cesión en primer lugar...

Todo lo anterior nos lleva a realizar la siguiente afirmación: la necesidad de un Código Europeo en materia contractual de cara a la consecución total del mercado interior. Si los Estados integrantes de la Unión Europea tuvieran (siempre en la medida de lo posible) un régimen uniforme en materia contractual se favorecería la libre circulación de resoluciones judiciales en el ámbito comunitario y por ello se agilizarían muchísimo los sistemas de reconocimiento y ejecución de las mismas; lo cual implicaría una agilización y un aumento de las transacciones comerciales. Esperemos que el Proyecto de Código Civil Europeo se convierta finalmente en una realidad y no se convierta en un texto más sin aprobación definitiva como sucede en ocasiones en los ordenamientos internos; un claro ejemplo de lo anterior lo constituye nuestro ordenamiento jurídico donde todavía estamos esperando la aprobación definitiva del nuevo Código Civil en materia de obligaciones y contratos y del nuevo Código Mercantil.

1.7 Conclusiones

En relación con las iniciativas legislativas privadas o lo que algunos autores denominan “reglamentación espontánea” en el ámbito internacional podemos realizar las siguientes consideraciones³⁶²:

³⁶¹ Del mismo modo: DE LOS MOZOS, José Luis., “El anteproyecto de Código Europeo de los contratos...”, op. cit., p. 12.

³⁶² Como hemos analizado a lo largo de este capítulo las citadas cláusulas adquieren diferente denominación dependiendo de los autores, nos encontramos ante “cláusulas de incorporación por referencia” Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 625 y ss; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 579 y ss; de igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento

Las partes de un contrato en el ámbito internacional podrán elegir como aplicable a su contrato la Ley que más garantice sus intereses pero siempre deberá ser la Ley de un Estado. Toda remisión de las partes en el contrato realizada a favor de la “Nueva *Lex Mercatoria*”, los Principios UNIDROIT, así como cualquier alusión realizada a favor de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos o en relación con el Marco Común de Referencia se entenderá como una “cláusula de incorporación por referencia”. En definitiva su aplicación al caso concreto vendrá determinada por lo establecido en la Ley que regula el contrato propiamente dicho, puesto que en la mayoría de los casos nos encontramos ante una cuestión fruto de la autonomía de la voluntad de las partes.

El planteamiento anterior en relación con la “Nueva *Lex Mercatoria*” se desprende de las siguientes cuestiones: la citada reglamentación no forma parte del sistema jurídico de los Estados miembros³⁶³; además en este supuesto nos encontramos ante varios tipos de normas que regulan diferentes contratos y en última instancia podemos afirmar que en caso de incumplimiento de las citadas reglas no se establecen sanciones eficaces puesto que lo que se está incumpliendo no son verdaderas normas con rango de Ley.

En relación con los Principios UNIDROIT podemos concluir que de igual forma nos encontramos ante un sistema subsidiario y secundario de la Ley reguladora del contrato puesto que, como analizaremos en el siguiente capítulo el Considerando 13 del Reglamento Roma I sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales determina que la elección de un Derecho no estatal como regulador del contrato supone una mera “incorporación por referencia”. Luego los Principios UNIDROIT podrían servir como complemento de la Ley reguladora del contrato puesto que en ocasiones pueden servir

<<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 72-91. Por el contrario otros autores utilizan el concepto de “reglamentación espontánea” Vid. REQUEJO ISIDRO, Marta., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 89-90.

³⁶³ Lo anterior no impide que ciertas normas o Convenios Internacionales se hacen eco de las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” y los citados Convenios o normas rango de Ley en virtud de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado, como sucede con el artículo 9 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías o con el artículo 23 del Reglamento 44/2001 que establecen como válidos ciertas prácticas o usos habituales en el comercio internacional siempre y cuando fueran ampliamente conocidos por las partes en el correspondiente ámbito. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 85.

como base de cara a la redacción de contratos internacionales³⁶⁴. Además en determinadas ocasiones pueden servir para completar las lagunas de interpretación de determinados conceptos de la normativa interna de los Estados, sin embargo, sí debemos tener en cuenta que los citados principios son de gran importancia en relación con las prácticas internacionales de arbitraje.

Las mismas conclusiones se pueden extraer de los Principios del Derecho Europeo de los contratos o Principios LANDO y del Marco Común de Referencia. Son cláusulas que se incorporan al contrato fruto de la autonomía de la voluntad y como tales sólo podrán ser incorporadas al contrato en la medida en que sean permitidas por la Ley reguladora del mismo; son normas complementarias que sirven para integrar lagunas para desarrollar la práctica comercial en el concreto sector. En definitiva las citadas reglamentaciones privadas o “espontáneas” constituyen una válvula de escape para conseguir la tan ansiada previsibilidad en el ámbito internacional.

De igual forma podemos concluir que las citadas iniciativas legislativas internacionales comparten rasgos comunes como son: el principio de no empeoramiento de la posición jurídica del deudor; el pago liberatorio del deudor en relación con el cedente cuando no hubiera tenido conocimiento de la cesión por cualquier otro medio, así como el hecho de que tendrá preferencia para el cobro el cesionario que hubiera notificado la cesión en primer lugar, así como la admisión de cesiones de créditos tanto futuros como parciales.

Desde otro punto de vista y en relación con nuestro objeto de estudio: la cesión de créditos y de forma más específica en relación con el contrato de *factoring* cobran especial importancia las normas del Manual Jurídico de la FIC. Nos encontramos ante un conjunto de contratos tipo, costumbres o normas relacionadas con el arbitraje que sirven para completar las lagunas en relación con un contrato de *factoring* internacional. Pero simplemente sirven para eso, como complemento de las lagunas o para establecer contratos tipos, en ocasiones surge un problema añadido: la complejidad de las citadas cláusulas implica que sólo sean asumidas por los operadores habituales del comercio internacional ampliamente familiarizados con el sector.

³⁶⁴ Debemos tener en cuenta que los citados principios han sido extraídos de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. El Considerando 13 del Reglamento Roma I

La admisión de validez de las citadas cláusulas de cara a servir de complemento en la regulación de un contrato internacional de cesión de créditos, vendrá determinada por la propia Ley estatal que regule el contrato y en su caso por la propia interpretación que de las citadas cláusulas hagan las partes. En última instancia la admisión de las mismas vendrá determinada por el tribunal que conozca del asunto; pero siempre deberá tenerse presente que las citadas cláusulas por sí solas no podrán regular un contrato internacional con independencia de su calidad técnica. No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que el Considerando 14 del Reglamento Roma I sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales indica que se podrán aplicar al contrato internacional las normas del Derecho material de los contratos siempre y cuando se aprobara el “nuevo Código civil europeo” en materia contractual. Pero sólo se hace referencia a estos supuestos y no a los Principios UNIDROIT ni a los Principios del Derecho Contractual Europeo, por lo tanto tendrá preferencia esa unificación del Derecho material de los contratos frente al resto de principios analizados anteriormente, de nuevo nos deja entrever su carácter secundario.

CAPÍTULO IV
LEY APLICABLE A LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL ÁMBITO
COMUNITARIO Y EN DERECHO INTERNO. ESPECIAL REFERENCIA AL
REGLAMENTO ROMA I

1. Iniciativas legislativas comunitarias: especial referencia al Reglamento 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como “Reglamento Roma I”

Para averiguar el origen del Reglamento Roma I tenemos que remontarnos al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales¹. Es la Comisión Europea la que decide transformar el Convenio en Reglamento Comunitario². Sin embargo, el Convenio no sólo se ha convertido en un Reglamento Comunitario, también ha sido objeto de sendas modificaciones sobre todo en lo referente a la materia contractual³. Con la adopción del Reglamento se consiguen grandes ventajas entre ellas no serán necesarios los grandes “consensos exigibles” a un Convenio internacional de cara a su posible modificación⁴; se entiende que “toda

¹ Los Estados parte de la Unión Europea eran los únicos que podían adherirse al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales. De igual forma Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho transnacional*, Granada, Comares 2009, pp.11-12. Los Estados que firmaron el Convenio en un primer momento fueron: Alemania, Bélgica, Francia, Dinamarca, Italia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Países Bajos; para esos Estados el Convenio entró en vigor el 1 de abril de 1991 (DOCE L 266 de 9 de octubre de 1980); Grecia se adhiere con la firma del Convenio de Luxemburgo de 10 de abril de 1984, el cual está en vigor desde el 1 de abril de 1991 (DOCE L 146 de 31 de mayo de 1984); España y Portugal se adhieren a través del Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992 en vigor desde el 1 de septiembre de 1993 (DOCE L 333 de 18 de diciembre de 1992); finalmente Austria, Finlandia y Suecia se adhieren a través del Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1996, dicho Convenio entró en vigor el 1 de octubre de 1998 (DOCE L 15 de 15 de enero de 1997). La versión consolidada del Convenio de Roma (DO C334 de 30 de diciembre de 2005) elaborada tras la adhesión al Convenio de Roma de los siguientes países: Malta, Estonia, Letonia, Lituania, República Checa, Chipre, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia, los cuales ratificaron el Convenio de Roma a través del Convenio de Luxemburgo de 14 de abril de 2005 (DOCE L 169 de 8 de julio de 2005); dicho documento entró en vigor para España el 1 de septiembre de 2007 (BOE núm. 193 de 13.08.2007). Finalmente debemos mencionar la adhesión de Bulgaria y Rumania al Convenio de Roma el 25 de abril de 2007, se recoge en la Decisión del Consejo de 25 de abril de 2007 [COM (2007) 217 final]; (DO L 157 de 21 de junio de 2005 p. 23 entre otras.

² Vid. Doc COM (2005) 650 final de 15 de diciembre de 2005.

³ LANDO, O., NIELSEN, P.A., “The Rome I Regulation”, en *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725.

⁴ BALLARINO, T., “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto” en *CDT*, vol. I, núm. 1, 2009, pp. 5-18. De igual forma Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 13ª. ed., Granada, Comares, junio 2012, p. 581; ID., “Ley aplicable al contrato internacional”, en *Curso de contratación internacional*, Madrid,

remisión al Convenio de Roma se entiende realizada al Reglamento Roma I” así se deduce del artículo 24 apartado segundo del Reglamento⁵. La posición anterior tiene una salvedad concreta: Dinamarca. El Reglamento no será aplicable a Dinamarca y por ello en su territorio las autoridades y tribunales seguirán aplicando el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales; la posición anterior se recoge de forma expresa en el “Considerando” 46 del Reglamento⁶.

Como hemos adelantado anteriormente para resolver un litigio relacionado con la Ley aplicable a un supuesto de cesión de créditos con vínculos suficientes en territorio

Colex, 2012, pp. 57-59; ID., los citados autores realizan las mismas consideraciones pero en relación con el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial y Ley aplicable”, en *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 522-525; ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo II, Colegio Notarial de Madrid, 29 enero de 2009, pp. 121-129; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., pp. 1-11; ID., “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles: Balance de 15 años de vigencia” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 121-188 (en relación con el Convenio de Roma). CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable al contrato internacional”, en *Anales de Derecho*, nº 18, 2000, pp. 7-40. (De nuevo en relación con el Convenio de Roma); CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, Miguel C., “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español” en *La Ley-Actualidad*, Tomo I, Madrid, 1996, pp. 1343-1346; Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en los “Considerandos” del Reglamento Roma I, en donde no sólo se introducen explicaciones sobre los conceptos más problemáticos del texto sino también las “motivaciones de los cambios introducidos en el texto, aclaran ciertas reglas e incluso, precisan el alcance y método de ciertos artículos del Reglamento”: Vid. KENFACK, H., “Le Règlement (CE) núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 2-39. Los “Considerandos” son parte integrante del texto del Reglamento y por lo tanto forman un todo “coherente”, así se desprende de la lectura del artículo 288 TFUE antiguo 249 TCE. Para un estudio en mayor profundidad del Convenio de Roma de 1980 así como del proceso de transformación en Reglamento Comunitario Vid. RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS., “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro”, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 497-534; de igual forma pero en relación con los contratos de distribución Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op.cit., pp. 163-170; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, en *Diario la Ley*, Nº 6957, Sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, Año XXIX, pp. 1-2; para un estudio de la Ley aplicable a los contratos internacionales en América Latina Vid. OVIEDO ALBÁN, Jorge., “La Ley aplicable a los contratos internacionales”, en *Rev. Coloma. Derecho Int. Bogotá*, Nº 21, 117-157, julio-diciembre 2012, Colombia, pp. 118-157.

⁵ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 13. Debemos tener presente que la mayoría de las cuestiones realizadas al Convenio de Roma pueden “extrapolarse” en relación con el Reglamento Roma I.

⁶ *Ibidem*. Como señala la profesora CASTELLANOS el Reglamento no será aplicable a Dinamarca “por su posición respecto del Título IV del Tratado de la CE, de conformidad con los arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. Del mismo modo GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional: De nuevo, la necesidad del derecho uniforme y la insuficiencia de las convenciones internacionales existentes”, en *CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, núm. 170, Marzo 2015, pp. 41-45.

español, nuestros tribunales aplicaban el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable desde el 1 de septiembre de 1993. Posteriormente el Reglamento 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Reglamento Roma I) ha “europeizado” el texto del Convenio de Roma I y lo ha convertido en Reglamento comunitario, introduciendo importantes modificaciones desde el punto de vista del Convenio. La doctrina más cualificada entiende que nos encontramos ante “una de las obras legislativas más brillantes de la historia del Derecho Internacional Privado” y por ende, “la mayor parte de las críticas que ha sufrido dicho texto son injustas, poco meditadas, apresuradas y fruto del diletantismo. La celeridad legislativa del DIPr. del siglo XXI no ha dado tiempo al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 para mostrar sus muchas virtudes⁷”.

La base jurídica sobre la que descansa el Reglamento Roma I podemos encontrarla en el artículo 81 TFUE antiguos 61 y 65 TCE⁸. La doctrina más importante en la materia entiende que nos encontramos de nuevo ante el proceso de “europeización de las normas de DIPr⁹”. De igual forma el Reglamento Roma I va a impulsar el funcionamiento del mercado interior; lo anterior se desprende de las siguientes afirmaciones: al existir una uniformidad en torno a la Ley aplicable a un supuesto internacional se favorecerá la previsibilidad del resultado de cara a las partes; por otro lado el Reglamento garantizará la seguridad jurídica y por ello evita el *Bad Forum Shopping* puesto que el derecho aplicable a un supuesto de contratos internacionales será siempre el mismo con independencia de los Tribunales que conozcan del caso. Se

⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. , p. 579; ID., “Ley aplicable al contrato...”, op. cit., pp. 57-59; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 522-533; ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., pp. 121-129; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 1-11; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales de distribución...*, op. cit., pp. 163-169; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., pp. 1-2.

⁸ Así se desprende de la lectura de los “Considerandos” 1, 2 y 43 del Reglamento Roma I.

⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 579; ID., “Ley aplicable al contrato...”, op. cit., pp. 57-59; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 522-533; ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., pp. 121-129; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 1-11; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 163-169; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., pp. 1-2.

favorece la seguridad jurídica y “la estabilidad legal de los contratantes” fomentándose el comercio internacional¹⁰.

Antes de comenzar con el análisis concreto de los ámbitos de aplicación del Reglamento Roma I debemos mencionar sus características básicas¹¹:

En primer lugar debemos tener en consideración que el Reglamento Roma I debe aplicarse de forma general para todos los Estados miembros¹², siendo obligatorio en todas sus partes y directamente aplicable por las autoridades de los Estados miembros, en definitiva el Reglamento Roma I se aplicará a un supuesto internacional con independencia de que las partes no lo aleguen¹³. Si como ya vimos en el capítulo segundo el Reglamento 44/2001 otorgaba la competencia judicial internacional a unos concretos tribunales en virtud de la aplicación de los foros de Competencia Judicial Internacional, el Reglamento Roma I determinará la Ley aplicable a un determinado litigio aplicando unos “puntos de conexión”.

¹⁰ *Ibidem*. De vital importancia en este ámbito es la STJCE de 6 de octubre de 2009, *Intercontainer Intertrigo*, as. C- 133/08 en concreto Vid. Fundamento Jurídico 23. Los citados autores y en concreto CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. , p. 579: entienden que el Reglamento Roma I contribuye a la creación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia”. Esto se consigue cuando las normas de conflictos son las mismas con independencia de cuales sean los Tribunales que estén conociendo del asunto. Así una sentencia dictada por los Tribunales de un Estado miembro del Reglamento Roma I será reconocida y ejecutada ante los tribunales de otro Estado miembro del Reglamento instando procedimientos sencillos y veloces, en definitiva la sentencia será reconocida y ejecutada simplemente cuando se cumplan los requisitos impuestos por el instrumento internacional. Se garantiza la “seguridad jurídica internacional”, la libertad contractual y por lo tanto la libre circulación de resoluciones en el ámbito comunitario. Todo lo anterior se desprende de la lectura de los “Considerandos” 3 y 4 del Reglamento Roma I donde se establece “el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y otro tipo de resoluciones”.

¹¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 582-589; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 524-533; ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., pp. 121-129; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 1-11; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 163-169; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., pp. 1-2.

¹² Posteriormente analizaremos el ámbito de aplicación personal.

¹³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 582-589; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 524-533; ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., pp. 121-129; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 1-11; ID., “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles...”, op. cit., pp. 124-139 (en relación con el Convenio de Roma); RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 163-169; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., pp. 1-2. Lo anterior se deduce tras la lectura del artículo 288 apartado II TFUE antiguo 249 apartado II del TCE.

En segundo lugar hay tener presente que el Reglamento se aplica con “carácter universal” o con “efectos *erga omnes*” y por ello se aplicará para determinar la Ley aplicable a un supuesto internacional de cara a los Estados miembros del Reglamento 44 con independencia del domicilio, residencia o nacionalidad de las partes, o de cualquier otro hecho específico del contrato de cesión de créditos como pudiera ser el lugar de ejecución, lugar de celebración, sede física de la sociedad... Además el Reglamento Roma I se aplicará con independencia de cual sea la Ley a la que remita el texto internacional, es decir será aplicable a pesar de que las normas de conflicto del Reglamento hagan aplicable al supuesto concreto de cesión de créditos la Ley de un Estado no miembro del texto internacional¹⁴. En relación con nuestros tribunales estos deberán aplicar el Reglamento Roma I y no las normas de Derecho Internacional Privado español a la hora de determinar el derecho aplicable a un supuesto de un contrato de cesión de créditos internacional. Se entiende que el Reglamento Roma I “desplaza” a las normas internas, en nuestro caso las contenidas en el Código Civil en relación con el mismo ámbito material (contratos internacionales con especial referencia a la cesión de créditos) Es decir, cuando se den los ámbitos de aplicación del Reglamento Roma I este será aplicable y por ello las normas españolas no tendrán cabida en el supuesto internacional; lo anterior no impide que no sean aplicables las normas internas para los supuestos que queden fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I¹⁵.

La tercera característica básica del Reglamento Roma I es que contiene “normas de conflicto uniformes”, en definitiva contiene normas que remiten a un Derecho estatal en relación con un determinado supuesto. Lo anterior evitará el *Bad Forum Shopping*¹⁶.

La cuarta característica a tener en cuenta en relación con el Reglamento Roma I es que no va a perjudicar la aplicación del resto de disposiciones de la Comunidad

¹⁴ *Ibidem* Lo anterior se desprende del artículo 2.

¹⁵ Aunque será objeto de estudio en posteriores páginas, podemos adelantar que el Reglamento Roma I no será aplicable a supuestos meramente internos (entre otros casos).

¹⁶ *Ibidem*. Con el término *Bad Forum Shopping* como adelantamos en el capítulo de Competencia Judicial Internacional estamos haciendo referencia a la posibilidad que tenían las partes de acudir a un tribunal u otro con la finalidad de “eludir” la aplicación de un determinado derecho aplicable a su litigio. Simplemente acudían a ese concreto tribunal con esa finalidad y no porque fuera el tribunal más vinculado con el caso. Esta opción ya no es posible con la entrada en vigor del Convenio de Roma y por lo tanto del Reglamento Roma I puesto que los tribunales de los Estados miembros aplicarán las mismas normas y llegarán a la misma conclusión con independencia del país al que pertenezcan los tribunales que están conociendo del asunto.

Europea. Así se deduce del artículo 23 del Reglamento Roma I y del Considerando 40. Sin embargo, en determinados supuestos derivados de la especialidad de la materia se admite la prevalencia de las normas del Reglamento Roma I de cara a la determinación del derecho aplicable frente a las disposiciones comunitarias, el ejemplo característico lo encontramos en materia de seguros, el artículo 7 del Reglamento Roma así lo dispone. En otras ocasiones se pueden plantear “ciertos litigios” en relación con determinadas Directivas que también regulan el derecho aplicable para supuestos específicos como son: Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 relativa al comercio electrónico en el mercado interior y la Directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 en relación con los servicios en el mercado interior. Ambas Directivas establecen como punto de conexión la aplicación de la Ley del Estado de origen; la aplicación de la citada Ley tendrá preferencia en estos supuestos y por lo tanto las citadas Directivas serán de aplicación preferente frente al Reglamento Roma I puesto que a pesar de que establecen un punto de conexión de cara a la Ley aplicable se refieren a cuestiones excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento ya que son cuestiones relacionadas con materias objeto de estudio por el Derecho Internacional Público¹⁷.

La quinta característica básica a tener en cuenta es que como ya hemos ido avanzando, el Reglamento Roma I sustituye al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales en relación a todos los Estados miembros de la Comunidad Europea con la excepción de Dinamarca¹⁸.

La sexta característica a mencionar en relación con el Reglamento Roma I contiene junto con normas de conflicto que determinan la Ley aplicable a un supuesto internacional otras “normas de aplicación” que resuelven los problemas específicos que se plantean en la práctica internacional de cara a la Ley aplicable. Por ello el Reglamento también resolverá los siguientes problemas: remisión a ordenamientos plurilegislativos, fraude de Ley, problemas de calificación jurídica de un determinado concepto, problemas de reenvío, orden público internacional. En estos supuestos no será necesario acudir a las normas de producción interna que regulen la materia de forma

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*, será objeto de un análisis más pormenorizado en el ámbito de aplicación espacial.

específica como podría suceder con el artículo 12 de nuestro Código Civil¹⁹. A continuación analizaremos las “normas de aplicación” más importantes:

En relación con el Orden Público Internacional del estudio del artículo 21 del texto internacional se desprende que este siempre deberá respetarse y por ello no podrá aplicarse la Ley “designada” por los puntos de conexión del Reglamento si da lugar a una Ley “clara” y “manifiestamente” incompatible con el Orden Público Internacional del Tribunal que está conociendo del caso²⁰. El Orden Público Internacional es una excepción al correcto y ordinario funcionamiento de las normas de conflicto luego como se desprende del Considerando 37 del Reglamento Roma I la excepción sólo podrá aplicarse de forma restrictiva y será el juez que conoce del caso el que determine si la excepción tiene cabida en el supuesto concreto o no a través de los que se denomina “juicio de oportunidad”²¹.

Otra norma de aplicación con mención expresa en el Reglamento se encuentra recogida en el artículo 22 apartado primero, es lo que la doctrina conoce como “remisión a ordenamientos plurilegislativos”. Se trata de aquellos supuestos en los que el Estado está dividido en “varias unidades territoriales” con normas jurídicas propias

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ *Ibidem*, con el concepto Orden Público Internacional estamos haciendo referencia a “principios fundamentales del Derecho” del Estado cuyos tribunales están conociendo del asunto. Como reconoce este sector doctrinal, se necesita una “vulneración manifiesta y clara de los principios fundamentales del Derecho del foro”, es decir, “que exista incompatibilidad o contradicción entre las aplicación de ciertas disposiciones de la Ley del contrato designada por el Reglamento Roma I y los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto”; es decir, del tribunal del foro. En ocasiones podrá admitirse un “Orden Público Internacional Parcial” es decir, que se apliquen al supuesto concreto las disposiciones que no resulten contrarias al Orden Público Internacional del país cuyos tribunales están conociendo del caso.

²¹ *Ibidem*. Aunque el Orden Público Internacional no es objeto de estudio, en líneas generales podemos afirmar que en este punto nos encontramos con una enorme laguna, el artículo 21 no prevé que Ley se debe aplicar al caso cuando entre la excepción de Orden Público Internacional, la doctrina más cualificada plantea solucionar la laguna recurriendo a varias hipótesis: en primer podríamos acudir al siguiente punto de conexión fijado por el propio Reglamento y para el supuesto de que este “nuevo punto de conexión” también vulnerara el Orden Público Internacional de los Tribunales del foro se recurriría a la cláusula de cierre contenida en el artículo 4.4 (objeto de estudio en posteriores páginas). Sin embargo, compartimos la opción de los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ al entender que el silencio del legislador es un “silencio elocuente” o una “laguna explícita” del Reglamento Roma I y por ello salvable a través de la aplicación de las normas de producción interna del tribunal del foro “Lex fori” o incluso a través de la práctica judicial concreta de ese Estado. Como afirman los citados autores esta solución es la más apropiada puesto que “Si el Estado del foro rechaza la aplicación de un concreta Ley estatal porque la aplicación de la misma vulnera su orden público internacional, parece lógico que, ante el silencio del Reglamento Roma I, sea la Ley del Estado del foro la que indique qué solución seguir en los casos de intervención del orden público internacional”.

que regulen la materia contractual, en estos casos se entenderá cada unidad territorial como “un país” a efectos de determinar la Ley aplicable al supuesto concreto²².

Otro de los problemas que se plantean está relacionado con la calificación, en definitiva de interpretación de los conceptos jurídicos utilizados por la norma de conflicto. A la hora de calificar determinados conceptos jurídicos nunca deberá recurrirse a las nociones que de tales figuras jurídicas tengan los derechos nacionales, siempre deberá recurrirse a los criterios propios fijados en el Reglamento, un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el artículo 9 apartado primero del Reglamento Roma I en relación con el concepto de “Leyes de Policía”. En el Reglamento se contienen las definiciones de las cuestiones que podríamos entender son más polémicas o “dudosas bajo la rúbrica ámbito de Ley aplicable”, dichas cuestiones son introducidas por el legislador comunitario bajo la categoría de “obligaciones contractuales” y por ello reguladas por el Reglamento en el artículo 12. Sin embargo mayores problemas se plantean con las cuestiones no incluidas en esta “lista”²³.

Otra cuestión a tener en cuenta con respecto a la calificación es la prueba del derecho extranjero, de nuevo en este ámbito nos encontramos con una laguna, serán los propios sistemas de Derecho Internacional Privado del país cuyos tribunales conocen del asunto las que resuelvan la cuestión. En el caso español se aplicaría el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicho artículo establece la obligación legal de las partes de probar el derecho extranjero. Si las partes no consiguieran probar el derecho extranjero (lo cual puede suceder en numerosas ocasiones en el ámbito contractual internacional) en virtud de la aplicación del Reglamento se “deberá desestimar la pretensión contractual basada en el derecho extranjero”²⁴.

La séptima cuestión básica a tener en cuenta es que el Reglamento debe ser interpretado de forma “uniforme” por las autoridades de los Estados miembros, cuando los tribunales y autoridades de los Estados miembros tengan una duda acerca de la

²² *Ibidem*. Como señalan los citados autores nos encontramos ante una “cláusula de remisión indirecta” o “cláusula inglesa” “Country in the Sense of the Conflict Of Law”. En definitiva el propio Reglamento nos remite a la aplicación de la correspondiente norma de conflicto de derecho interno.

²³ *Ibidem*, lectura de vital importancia en el ámbito de la calificación: GIULIANO, M., y LAGARDE, P., Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en *DOCE C 327/2* de 11 de diciembre de 1992, 47 p.

²⁴ *Ibidem*

interpretación de un determinado concepto podrán interponer una “cuestión prejudicial” ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (art. 267 TFUE)²⁵.

1.1 Ámbitos de aplicación

Como hemos indicado anteriormente el Reglamento Roma I sólo será aplicable en relación a un litigio internacional cuando en el supuesto concreto se den simultáneamente los cuatro ámbitos de aplicación, es decir a la hora de aplicar el Reglamento Roma I tendremos que comprobar previamente los ámbitos personal, material, temporal y espacial. A continuación desarrollaremos de la manera más sucinta posible los ámbitos de aplicación:

i) Personal

El Reglamento Roma I tiene vocación de “universalidad” o aplicación “erga omnes” según se deduce de la lectura del artículo 2. El Reglamento Roma I se aplicará con independencia de otras cuestiones relacionadas con el contrato como son residencia o domicilio de las partes, nacionalidad o cualquier otra circunstancia como pueden ser el lugar de celebración del contrato o el lugar de ejecución de la prestación principal. El artículo 2 establece que el Reglamento será aplicable con independencia de cual sea la Ley designada por el mismo, es decir, el texto internacional será aplicable con independencia de que sus puntos de conexión establezcan que será aplicable al contrato la Ley de un Estado no parte²⁶. Los mayores problemas se plantean porque en ocasiones

²⁵ *Ibidem*. En este punto de nuevo tiene especial relevancia el Informe explicativo del Convenio de Roma realizado por los profesores POCAR, F., y LAGARDE, P., donde se indica que “los conceptos y normas del Reglamento tienen un significado propio” es decir, los significados de los conceptos del Reglamento no deben ser “extraídos de los derechos nacionales sino que deben nacer del mismo Derecho de la Unión Europea”. La anterior solución puede tener excepciones en la práctica concreta, es lo que sucede con el artículo 1.2. c) del Reglamento al definir el concepto “relaciones con efectos análogos al matrimonio y otras relaciones familiares”; el citado concepto se deberá interpretar de conformidad con las normas del tribunal del foro, así se desprende de la lectura del Considerando octavo.

²⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.590; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.534; de igual forma Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 37-51. Como señalan estos autores los tribunales españoles suelen entender sin “ningún tipo de problemas” que el Reglamento Roma I se tiene vocación de universalidad, un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en las siguientes sentencias: Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998/8554); Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10009); Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007/6815); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Social de 28 de febrero de 2006 (JUR 2006/118738), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 16 de noviembre de 2004 (AS

los Estados ratifican los Convenios y en su caso los Reglamentos Comunitarios sin “derogar” la concreta normativa interna coincidente en la materia. Es lo que ha sucedido en España con el artículo 10.5 del C.c. español que regula la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, luego el citado artículo sólo lo podemos considerar “desplazado” por las normas comunitarias²⁷. La aplicación del Reglamento Roma I y en su momento del Convenio de Roma han “desplazado” la aplicación de la normativa interna en materia de contrato derivado de varias hipótesis²⁸:

En primer lugar porque “las normas contenidas en el Reglamento constituyen el Derecho común de cada Estado parte del Convenio, sustituyendo y ocupando el lugar; en las materias por ellas comprendidas, de las normas de Derecho internacional privado autónomo (artículos 10.5 y concordante del C.c.) en el sistema español, y en la mayoría

2004/3611) entre otras. Sin embargo, como afirma la profesora CASTELLANOS en ocasiones nos tenemos que encontrar con “una mala aplicación del principio de universalidad”; fruto de lo anterior surge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 11 de octubre de 2006 (JUR 2007/99716) en relación con la Convención de Roma “la sentencia no tiene desperdicio”; resuelve un problema de Ley aplicable entre un vendedor costarricense y un comprador español. El tribunal resuelve mal el litigio al entender que la Convención de Roma no era aplicable porque Costa Rica no era un Estado miembro de la misma (en su momento el vendedor de Costa Rica había indicado que la Convención de Roma era aplicable derivado del principio de universalidad) y por lo tanto los tribunales españoles deciden que se debe aplicar al supuesto el artículo 10.5 del C.c. Lo anterior implica como dice la profesora CASTELLANOS “un cúmulo de barbaridades difíciles de explicar si se tienen en cuenta varios datos de la sentencia”: En primer lugar al tribunal no le queda claro que la Convención de Roma y en su caso el Reglamento Roma I es un “Convenio multilateral cerrado” es decir, sólo pueden ser parte del citado instrumento internacional los Estados parte de la Unión Europea, luego para que Costa Rica fuera parte de la Convención de Roma o de Reglamento Roma I en primer lugar tendría que ser miembro de la Unión Europea. En segundo lugar, el tribunal tampoco ha tenido en cuenta que el carácter universal o erga omnes de la Convención, la Convención sería aplicable con independencia de que sus normas de conflictos designara como aplicable al supuesto concreto el derecho de un Estado no miembro. Luego en ningún caso podrían aplicar nuestros tribunales el derecho interno (como sucedió en este supuesto ya que los tribunales decidieron aplicar el artículo 10.5 del C.c.) Las normas comunitarias (en nuestro caso un Reglamento) había “desplazado” la aplicación de las normas internas en esa materia. Del mismo modo Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 5. El citado autor habla directamente de foro de carácter “universal” entiende que en este artículo nos encontramos con la “misma regla que en el Convenio de Roma de 1980 y concuerda con el Reglamento Roma II. Esto significa que el Reglamento Roma I, al igual que el Convenio, determina la ley aplicable tanto ad intra como ad extra en relación con los contratos que presentan un vínculo directo con la Comunidad”. Dicho autor en su obra sólo menciona el ámbito de aplicación material, el temporal y el universal. A nuestro entender es más lógico diferenciar entre ámbito personal y el ámbito de aplicación espacial.

²⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 589; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.533; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 40-44. “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles”..., op.cit., pp.175-182. Para un estudio en mayor profundidad del artículo 10.5 del C.c. Vid. ADRIÁN ARNÁIZ, Antonio Javier., “Las conexiones subsidiarias en las obligaciones contractuales: sus fundamentos y estructuras jurídicas”, en *REDI*, 1987, pp. 45-66; REMIRO BROTONS, A., “Artículo 10.5 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 289 y ss;

²⁸ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 42

de los Estados miembros”. Se entiende que nos encontramos ante un sistema jurídico regulador de las normas de conflicto en el ámbito contractual para todos los Estados miembros de la Unión Europea. Como hemos afirmado anteriormente el Reglamento Roma I tiene carácter “universal” o “efecto erga omnes” de conformidad con su artículo 2 sin embargo no tiene un completo efecto “unificador” o “uniformador” en relación con todos los Estados miembros, ya que en numerosos ordenamientos al igual que sucede en el caso de España el Convenio de Roma y en su caso el Reglamento Roma I se incorporó a nuestro ordenamiento sin “alterar” las normas de producción interna que regulaban la misma materia; lo cual ha generado “enorme confusión”²⁹.

Como mencionan los autores más destacados en la materia, la entrada en vigor del Reglamento Roma I en relación con nuestras normas de producción interna únicamente supuso un “desplazamiento” o una “inaplicación” de las mismas. Lo más lógico hubiera sido que nuestras normas de conflicto de producción interna en el ámbito contractual y específicamente en materia de cesión de créditos, se hubieran modificado para adecuarse a los puntos de conexión de la norma internacional³⁰.

²⁹ *Ibidem*, pp. 42-43. Del mismo modo CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “La ley aplicable a los contratos internacionales (El CR de 19 de junio de 1980)”; en *Revista del Derecho de los negocios*, núm. 43, 1994, p. 1 y ss.

³⁰ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 42-43. La profesora CASTELLANOS desarrolla los problemas que ocasionó la incorporación del Reglamento Roma I en el ordenamiento de los Estados parte. Los primeros problemas que se plantearon fueron la forma en la que se debía “incorporar” el Convenio de Roma en relación con la normativa interna ya existente. Se adoptaron las siguientes soluciones: Unos ordenamientos optaron por una “codificación estatal pura”, es decir, no tuvieron en cuenta la existencia de los Convenios internacionales siguiendo el ordenamiento interno plenamente en vigor. Es la opción que se adoptó en nuestro derecho. Los artículos 10.5 y siguientes del C.c. siguen con la misma redacción anterior al Código Civil. Por el contrario otros ordenamientos son modificados tras la “incorporación” de los citados Convenios, la “incorporación” podría realizarse a través de varias vías: A) “Incorporación formal o Hinweismethode o méthode pédagogique” es el método más utilizado, implica una referencia al Convenio que esté en vigor en ese momento, destacan: “artículo 57 de la Ley de Derecho internacional privado italiana de 31 de mayo de 1995; el artículo 116.1 de la nueva Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987 y el artículo 2313 del Código civil francés”. En los citados precepto se indica siempre que la materia de obligaciones contractuales con carácter internacional se regula por el Convenio de Roma y por lo tanto se produce una “derogación” de las normas de producción interna que regulen la misma materia. B) “Recepción de soluciones convencionales en leyes nacionales, es el caso de la Ley danesa de 9 de mayo de 1984; la luxemburguesa de 27 de mayo de 1986; la belga de 14 de julio de 1987 y la británica: Contracts (Applicable Law) Act de 1990. C) “Codificación con reserva a favor de Convenios internacionales. D) “Incorporación material”; para un estudio en mayor profundidad de este apartado Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997, pp. 80-81. Para un estudio más exacto de la problemática alemana CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., pp. 43-49 y de forma más concreta Vid nota al pie 82.

Finalizamos el estudio del ámbito de aplicación personal con el artículo 2 del Reglamento Roma I, es decir el carácter “universal” o “erga omnes del mismo”. Cuando ante un tribunal español se plantee un litigio de cara a la determinación del concreto ordenamiento jurídico aplicable a un caso de cesión de créditos, nuestro juzgador aplicará exclusivamente el Reglamento Roma I con independencia de que sus normas de conflicto establezcan que el supuesto se va a regir por la Ley de un Estado no parte en el citado texto internacional. Lo anterior será obligatorio salvo que el supuesto concreto de la cesión de créditos se debiera regular por una norma específica³¹ o cuando a pesar de encontrarnos ante un supuesto cuyo ámbito de aplicación material coincida con el Reglamento sea una de las cuestiones expresamente excluidas del artículo 1.2. “Ese carácter universal se invoca frente a las leyes, sean de un Estado contratante o de un tercer Estado, pero no frente a las personas³²”.

Llegados a este punto debemos realizarnos la siguiente pregunta: ¿Cuándo se aplicará el artículo 10.5 del C.c. en el caso de que coincidan los ámbitos de aplicación del Reglamento Roma I? de todo el planteamiento anterior se deduce que el artículo 10.5 del C.c. no será aplicable a los supuestos en los que se cumplan todos los ámbitos de aplicación del Reglamento, es decir el artículo 10.5 del C.c. estará destinado en relación con supuestos que queden fuera del ámbito de aplicación temporal, por ello supuestos anteriores a la entrada en vigor del Convenio de Roma y del Reglamento; en estos casos además debemos prestar atención a un aspecto añadido; puede suceder que incluso tales supuestos no puedan quedar cubiertos por la normativa interna (10.5 C.c.) por ser objeto de regulación específica por otro instrumento internacional, ya sea multilateral o bilateral³³.

³¹ *Ibidem*, un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el contrato de transporte internacional el cual será regulado por el Convenio de 19 de mayo de 1956 sobre Transporte Internacional de Mercancías por carretera (CMR). Para un análisis en profundidad Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “El Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 64-65; de igual forma CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., “La Ley aplicable a los contratos internacionales (El CR de 19 de junio de 1980)”, *Derecho de los negocios*, núm. 43, 1994, p. 4 y ss. Del mismo modo CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Contratos Internacionales (I): competencia judicial...*, op. cit., p. 533.

³² CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 47.

³³ *Ibidem*, pp. 45-51.

ii) Espacial

El Reglamento Roma I se aplica en todo el territorio de los Estados miembros, luego todos los tribunales y autoridades pertenecientes al territorio 44 están obligadas a aplicar el texto internacional y no solo las autoridades y tribunales de esos Estados sino que también estarán obligadas a aplicarlo las autoridades y los tribunales de los Estados miembros que desarrollen o realicen algún tipo de actividad en el Territorio 44, así se desprende de la lectura del artículo 249.II TCE. Por todo ello podemos afirmar que el Reglamento Roma I se aplicará de oficio, es decir con independencia de que las partes lo aleguen o no en el proceso judicial, lo anterior implica que rige el principio “*jura novit curia*”³⁴. Cada Estado es libre a la hora de establecer a que concreto “territorio” de su Estado se aplica el Reglamento Roma I, en ese caso aplicarán sus normas de Derecho Internacional Público³⁵. Por Estados miembros entendemos todos los Estados pertenecientes a la Comunidad Europea con la excepción de Dinamarca³⁶. Reino Unido e Irlanda presentan ciertas similitudes con el anterior supuesto ya que ni Reino Unido ni Irlanda participaron en la elaboración del Reglamento Roma I lo anterior se deduce de la lectura de los Protocolos 1 y 2 “sobre la posición de Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” así como de la lectura del “Considerando” 45 del Reglamento Roma I. Lo anterior implica que ni Reino Unido ni Irlanda están sujetos a las disposiciones del presente Reglamento y por lo tanto tampoco tendrán que aplicarlo. Sin embargo, estos países presentan una particularidad en relación con el supuesto anterior: tras la publicación del Reglamento Roma I se le otorga a estos países un nuevo plazo para adherirse al texto internacional, es lo que la doctrina más cualificada engloba bajo el concepto “*opting-in*”. La anterior

³⁴ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 13. De igual Forma LAGARDE, P., “Le nouveau droit international privé des contrats...”, op. cit., pp. 287-340.

³⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.589; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.533; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 11-14; De vital importancia en este ámbito es el artículo 355 TFUE antiguo 299 TCE donde se indica que los Reglamentos de la Unión Europea no son aplicables a determinados espacios territoriales considerados no europeos dependientes de Francia, Países Bajos, Dinamarca y Reino Unido.

³⁶ Reproducimos las consideraciones realizadas en la nota al pie número 6; de nuevo debemos mencionar que la Ley aplicable para un supuesto contractual internacional vendrá determinada para este país por las normas de conflicto determinadas por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

posibilidad está admitida por el artículo 69 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea³⁷.

Debemos finalizar el estudio del ámbito de aplicación espacial con el artículo 299 del TCE artículo 355 del TFUE el cual indica los territorios de ultramar a los que se aplica el Reglamento Roma I; en el supuesto español cobra especial relevancia el Acuerdo entre España y Reino Unido de 19 de abril de 2000 gracias al cual el Reglamento Roma I también será aplicable a Gibraltar³⁸.

iii) Temporal

El artículo 28 del texto internacional indica que el Reglamento Roma I será aplicable a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009. Se entiende que tiene carácter irretroactivo. En relación con lo anterior debemos aclarar que el Reglamento Roma I entró en vigor el 24 de julio de 2008³⁹ y sin embargo su aplicación no se produjo hasta el 17 de diciembre de 2009 debido a que los Estados debían

³⁷ Ni Reino Unido ni Irlanda han ratificado el Reglamento Roma I por lo tanto sus autoridades y sus tribunales seguirán aplicando el Convenio de Roma. Sin embargo Irlanda sí ha realizado una actuación positiva de la cual se deduce su intención de ratificar el Reglamento Roma I, Vid. “Considerando” 44 del Reglamento Roma I: “De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento”. Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 14.

³⁸ Vid. BOE núm. 58 de 8 de marzo de 2001 y DOCE de 16 de enero de 2001. En este aspecto damos por reproducidas las consideraciones realizadas por el mismo artículo de cara a la aplicación o no del Reglamento 44/2001 en determinados territorios; es decir: artículo 355 TFUE antiguo 299 TCE, donde se aclaran determinados supuestos a los que también se aplica el Reglamento, nos referimos a los siguientes: En primer lugar, en relación con Francia, se aplicará a todos los territorios integrantes de la República francesa incluidos los departamentos franceses de Ultramar. En segundo lugar, debemos mencionar el supuesto de Reino Unido, el Reglamento 44/2001 será aplicable también a Gibraltar. Luego “el Reglamento 44/2001 se aplica a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado”. En el caso de nuestro país, el Reglamento 44/2001 se aplica al entero territorio nacional. En cuarto lugar, debemos mencionar el supuesto de Portugal, el Reglamento 44/2001 también será aplicable a las Islas Azores y Madeira. En quinto y último lugar nos encontramos con que el Reglamento 44/2001 será aplicable a las Islas Aland en relación con Finlandia.

Una vez explicado con claridad el término “Territorio 44” debemos mencionar los territorios a los que no les será de aplicación el citado instrumento internacional: Con respecto a Francia, el Reglamento no se aplica a la Polinesia francesa, Nueva Caledonia, Islas Wallis y Futura, Saint-Pierre et Miquelon, Mayotte, tierras australes y antárticas francesa. De cara al Reino Unido, el Reglamento no se aplica a las Islas del Canal o Anglonormandas, Isla de Man, zonas de soberanía del Reino Unido de Akrotiri y Dhekelia situadas en Chipre, Islas Cayman, Anguila, Malvinas-Falkland, Georgia del Sur y Sandwich del Sur, Monserrat, Pitcairn, Santa Elena y dependencias, territorio antártico británico, territorios británicos del Océano Índico, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes británicas, Bermudas. Con respecto a Dinamarca, el Reglamento 44/2001 no se aplica ni a las Islas Feroe ni a Groenlandia; y por último debemos mencionar que para el caso de los Países Bajos, el instrumento internacional no será aplicable ni a Aruba ni a las Antillas neerlandesas (Donaire, Curaçao, Saba, San Eustaquio, San Martín)

³⁹ Se publicó veinte días después Vid. DOUE L 177 de 4 de julio de 2008.

notificar a la Comisión de la Comunidad Europea la “lista” de los Convenios Internacionales a los que se refiere el artículo 25.1 del Reglamento Roma I, es decir la “lista” de los Convenios o acuerdos celebrados los seis meses inmediatamente anteriores al momento en el que se empezó a aplicar el Reglamento para el supuesto de “conflictos de leyes” en el ámbito contractual⁴⁰.

El Reglamento en el “Considerando” 41 indica que el citado texto internacional se aplicará sin perjuicio de los Convenios Internacionales ya en vigor para los Estados comunitarios en el momento de conclusión del Reglamento Roma I, se deberá respetar el principio de “respeto de los compromisos internacionales⁴¹”. En el supuesto en el que se pudieran aplicar varios instrumentos internacionales en relación a un mismo litigio de cara a la determinación de la Ley aplicable a un contrato de cesión de créditos, el Juez tendrá la facultad de decidir la concreta norma internacional aplicable al caso realizando un “Test positivo” de cara a la aplicación del instrumento internacional que más “se adecue” a los intereses de las partes implicadas. El artículo 25 apartado segundo supone un avance en relación con lo anterior al indicar que el Reglamento Roma I tiene prioridad en su aplicación respecto de los Convenios celebrados entre dos o más Estados miembros de la Comunidad Europea cuando el ámbito de aplicación material sea coincidente. Luego no existirá ningún problema de cara a la aplicación de los Convenios internacionales ratificados con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma I, a pesar de que hayan sido firmados por Estados miembros y con independencia de que tuvieran el mismo ámbito material de aplicación, sin embargo mayores problemas se plantearían en el supuesto anterior cuando nos encontráramos con Convenios posteriores⁴².

⁴⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 589-590; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 533-534; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 15-21. ID., “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles...”, op. cit., pp. 125-127. Los citados autores se hacen eco de una importante sentencia del Tribunal Supremo aclarando la cuestión en relación con el ámbito de aplicación del Reglamento Vid. STS de 17 de enero de 2005 (RJ 2005/776).

⁴¹ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit.p. 16

⁴² *Ibidem*, pp. 17-18. Podemos afirmar que la posibilidad de que los Estados miembros de la Comunidad elaboren Convenios con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma I sobre materia civil y mercantil en el ámbito internacional es prácticamente nula puesto que la Comunidad tiene competencia exclusiva sobre dicha cuestión. Sólo tendría cabida una solución excepcional recogida en el “Considerando” 42 del Reglamento: “La Comisión presentará una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los procedimientos y condiciones bajo los que los Estados miembros estarán autorizados, en casos particulares y excepcionales, a negociar y celebrar, en nombre propio, acuerdos con terceros países relativos a materias sectoriales, que incluyan disposiciones sobre la legislación aplicable a las

Sobre la base de lo anterior podemos concluir que para el caso de contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993 se deberá aplicar nuestras normas de producción interna, en nuestro caso el artículo 10.5 del Código Civil, para los contratos celebrados después del 1 de septiembre de 1993 y antes del 17 de diciembre de 2009 se aplicará el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 y por último a los supuestos de contratos celebrados con fecha posterior al 17 de diciembre de 2009 será de aplicación el Reglamento Roma I⁴³.

iv) Material

En relación con la materia podemos afirmar que el Reglamento Roma I se aplica de cara a determinar la Ley aplicable a las “obligaciones contractuales” siempre y cuando nos encontremos ante un litigio con “carácter internacional” que implique un “conflicto

obligaciones contractuales”. Dicho artículo debe diferenciarse del artículo 23, este último artículo establece la posibilidad a los Estados miembros tras la entrada en vigor del Reglamento de adoptar “normas de conflicto de leyes” (no Convenios) para contratos específicos con independencia de que también tuvieran cabida dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I; el único requisito que se exige es que comuniquen su voluntad al resto de los Estados parte.

⁴³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 589-590; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 533-534; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 22-37. Como indican los autores anteriores en ocasiones nuestros tribunales no están “acertados” de cara a la aplicación del Reglamento Roma I, un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de mayo de 2006 (AC 2006/923), en dicha Sentencia admite como válido la aplicación de nuestras normas internas en concreto el artículo 10.5 del C.c. en relación a un litigio sobre dos contratos de créditos realizados el 8 de julio de 1994 y el 23 de septiembre de 1994. En dicho supuesto las partes habían hecho uso de su derecho de elección de Ley a favor del “Derecho inglés”. El Juzgador argumenta que puede aplicarse el artículo 10.5 del C.c. puesto que el Convenio de Roma no lo ha derogado. Observamos el tremendo error del juez al “saltarse” el principio de primacía entre normas; puesto que como ya hemos aclarado anteriormente el Convenio de Roma y en su caso el Reglamento Roma I serán aplicables cuando se cumplan todos sus ámbitos de aplicación, en ese caso no podremos acudir a las normas de producción interna. Este era un supuesto en el que se cumplían todos los ámbitos de aplicación del Convenio de Roma. En segundo lugar el tribunal comete de nuevo un “gran error” puesto que cuando las partes han hecho uso de su autonomía de la voluntad (en nuestro caso artículo 3 de los citados instrumentos internacionales) y siempre y cuando la misma fuera válida no será necesario “pasar” al siguiente punto de conexión. En este supuesto la Audiencia Provincial consideró válido el pacto de elección de Ley y aún así “pasó” al siguiente punto de conexión del artículo 10.5 del C.c. (en defecto de nacionalidad común y residencia habitual de los contratantes) aplicó el punto de conexión correspondiente al lugar de celebración del contrato, en este caso el contrato se había firmado en Londres. Otras sentencias destacables son la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social de 22 de mayo 2001 (RJ 2001/6477) en la cual el Tribunal entiende que debe aplicarse el Convenio de Roma para el supuesto de un contrato internacional celebrado en 1987, en este caso tendríamos que acudir a nuestras normas de producción internas (art. 10.5 C.c.) puesto que no se da el ámbito de aplicación temporal del Convenio. Como ejemplos de sentencias en las que los tribunales españoles aplican correctamente la normativa internacional Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de octubre de 2004 (AC 2005/838); Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2005 (RJ 2005/4521) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Social de 28 de febrero de 2006 (JUR 2006/118738).

de leyes”, así se deduce del artículo 1 apartado primero. En definitiva se exigen 2 requisitos de forma cumulativa: Que nos encontremos ante “obligaciones contractuales en materia civil y mercantil”⁴⁴, siendo además necesario que dichas obligaciones impliquen un “conflicto de leyes” es decir, que nos encontremos ante un supuesto internacional. A continuación desarrollaremos de la manera más breve posible los requisitos anteriores⁴⁵:

En primer lugar debemos analizar lo que el Reglamento Roma I entiende por “obligaciones contractuales en materia civil y mercantil”. El Reglamento Roma I sólo podrá ser aplicado para determinar la Ley aplicable a un litigio con origen contractual, con independencia del tipo de contrato⁴⁶. Sólo tendrán cabida los contratos sometidos a Derecho Privado en definitiva aquellos contratos en los que las partes intervinientes son particulares, también tendrían cabida los supuestos en los que los organismos públicos actuaran sin estar revestidos de su capacidad de “iure imperii” es decir en el caso de que actuaran como un particular y realizaran actos de “iure gestionis”. Lo anterior se deduce de la lectura del artículo 1 apartado primero *in fine*⁴⁷.

⁴⁴ No existen mayores problemas para incluir los contratos de cesión de créditos.

⁴⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 590-596; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 534-541; ID., CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 22-37. A la hora de analizar los conceptos hay que tener clara una idea fundamental: El Reglamento Roma I realiza una definición autónoma o propia de los conceptos, nunca se deberá recurrir a las nociones que de tales conceptos existan en los derechos nacionales salvo que el Reglamento Roma I así lo establezca de forma expresa.

⁴⁶ Debemos tener presente las excepciones recogidas en el artículo 1 apartado segundo, son aquellas materias que son objeto de estudio por normas más específicas, estamos haciendo referencia a: “obligaciones que deriven de letras de cambio, cheque y pagarés, así como otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable” (art. 1.2 d) y Considerando 9). “Los convenios de arbitraje y elección del tribunal competente” (art. 1.2 e)). “Las cuestiones relacionadas con el derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas...” (art. 1.2 f); dichas cuestiones quedarán cubiertas si conocieran del caso los tribunales españoles por la Ley nacional sobre la base de la aplicación del artículo 9.1.11 del C.c.; “la posibilidad para un intermediario de obligarse frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica (art. 1.2 g)); “la constitución del trust, relaciones entre los fundadores, administradores o beneficiarios (art. 1.2 h); “las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato (art. 1.2 *in fine*, art. 12 y Considerando 10) y por último tampoco será aplicable ni a la prueba ni al proceso (art. 18).

⁴⁷ *Ibidem*. En cierta medida son conceptos ya conocidos tras el análisis de la materia realizado en el tema de Competencia Judicial Internacional, de nuevo podemos observar la interrelación entre los capítulos puesto que el concepto que el Reglamento 44/2001 daba para las cuestiones civiles y mercantiles se puede extrapolar a la hora de definirlo en relación con la Ley aplicable. De igual forma Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Contratos internacionales I: competencia judicial...”, op. cit., pp. 534-541; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., pp. 3-5. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 168-170.

También quedarán fuera del Reglamento Roma I los supuestos de obligaciones contractuales privadas pero que regulan cuestiones relacionadas con el “derecho de familia” se entiende que deberá aplicarse la “Ley reguladora de las relaciones familiares en las que se insertan”. Son los supuestos de: “estado y capacidad de las personas físicas”; “las obligaciones que se deriven de las relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos” así como las “obligaciones que se deriven de regímenes matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y testamentos y sucesiones”. En el caso español serían aplicables los artículos 9.2-9.3, 9.1, 9.8 del C.c y para el supuesto de la obligación de alimentos tendríamos que aplicar los artículos 4 a 6 del Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos⁴⁸.

Una vez explicados los supuestos expresamente excluido debemos analizar las posibles “paradojas” que se plantean en la aplicación práctica del Reglamento Roma I, estamos haciendo referencia a los supuestos de “contratos conflictualmente típicos y materialmente atípicos”. En el comercio internacional la gran mayoría de los contratos son “materialmente atípicos”, es decir en ocasiones las normas de conflicto del Reglamento Roma I dan lugar a un contrato que en determinados supuestos “no responden al esquema de contrato legalmente configurado en el concreto ordenamiento estatal”. Lo anterior se puede producir por varios supuestos: en primer lugar porque nos encontremos ante “contratos mixtos”, es decir contratos que contienen varios elementos legales de distintos contratos; en segundo lugar podemos mencionar los supuestos de “contratos atípicos propios del comercio internacional”, normalmente en el ámbito internacional tienen cabida contratos “nuevos” imposibles para el ámbito interno (*Joint Venture*); en tercer lugar debemos tener presente que las partes que intervienen en el comercio internacional pueden tener sus “propios objetivos económicos” diferentes de los meramente internos, en ocasiones se crean “corrientes de comercio internacional⁴⁹”.

⁴⁸ *Ibidem*. Cuanto menos es interesante aunque a nuestro juicio un poco “rebuscada” la noción que los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ atribuyen a los “contratos conflictual y materialmente típicos” en definitiva, aquellos contratos sí contemplados por la norma de conflicto y por lo tanto a los que le será de aplicación una concreta Ley estatal y sin embargo no son contemplados ni regulados por esa norma de conflicto.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 594. Un ejemplo de lo anterior lo encontraríamos con la doctrina “Internacional Stream of Commerce, en virtud de la cual se establece como aplicable al contrato la Ley del país donde las partes

De otro lado hay que tener en cuenta que cuando los operadores actúan en el comercio internacional podrán verse “salpicados” por la normativa de los países en los que actúan, un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en la enorme “influencia” que el derecho o la “práctica norteamericana” tiene en nuestra legislación, así nos encontramos con figuras jurídicas totalmente desconocidas en nuestro derecho pero que con la práctica internacional están adquiriendo gran relevancia; son los supuestos de “*Time Sharing*” o aprovechamiento por turnos así como el contrato de “*Factoring Internacional*” es decir cesiones globales de créditos⁵⁰ y por último puede suceder que los contratos sean típicos y sin embargo tengan diferente regulación dependiendo de los ordenamientos en presencia. La ley estatal que regula los citados contratos será la encargada de precisar “su modo de regulación”⁵¹.

Una vez analizado lo que el reglamento entiende por “cuestiones contractuales en materia civil y mercantil”⁵² debemos analizar el segundo requisito cumulativo exigido: nos estamos refiriendo al “carácter internacional” de la obligación contractual. El Reglamento Roma I indica que será aplicable a las obligaciones contractuales que impliquen “un conflicto de leyes”. De nuevo nos encontramos ante una laguna que debe ser solventada con el recurso a la doctrina, para ellos una situación implicará un “conflicto de leyes” cuando “surge la duda de qué Derecho estatal debe regir el contrato siempre y cuando esa duda surja en un supuesto en el que la situación contractual presenta <<elementos extranjeros>> sean cuales sea dichos elementos”⁵³. Tras la lectura

deciden realizar sus actividades principales o la Ley del país “que es invadido” a la hora de realizar las operaciones de comercio. Si tu accedes a un mercado “extranjero” deberá prever que tu actividad comercial quedará cubierta por la Ley de ese concreto país, luego en todo caso para este sector se deberá aplicar la Ley del país de recepción. Es también conocido como “corrientes de comercio internacional”.

⁵⁰ *Ibidem*, el “Factoring” será una figura jurídica de vital importancia para nuestro objeto de estudio, será analizada en posteriores capítulos.

⁵¹ *Ibidem*. En este ámbito tienen especial trascendencia dos teorías: La “teoría de la combinación”, conforme a la cual: los elementos del contrato atípico que han sido tomados por el contrato típico se regirán por la Ley que regule los elementos de la “parte típica”; y de otro lado la “teoría de la absorción”, según esta teoría todo el contrato (con independencia de que también existan elementos atípicos) deberán regirse por la Ley que regule el contrato típico más característico o importante del contrato atípico.

⁵² Como hemos observado el contrato de cesión de créditos cumple los citados requisitos.

⁵³ De nuevo observamos la coherencia existente entre el Reglamento 44/2001 y el Reglamento Roma I, es decir la necesidad de coherencia entre la Competencia judicial internacional y la Ley aplicable, puesto que como denota la doctrina en ambos supuestos, lo más lógico es seguir la “Tesis del elemento extranjero puro”, dicha tesis establecía que cualquier elemento internacionaliza el supuesto con independencia de su naturaleza. Luego los citados reglamentos serán aplicables cuando exista un elemento internacional en el contrato de cesión de créditos con independencia de su “naturaleza, intensidad o relevancia”. Existen otras tesis como son “Tesis del elemento extranjero relevante”; “Tesis del elemento extranjero no casual”; “Tesis jurídica” y “Tesis del efecto internacional”. Tienen especial relevancia dos tesis: “Tesis del elemento extranjero puro” y “Tesis del efecto internacional”... Para una

del artículo 3.3 del Reglamento Roma I podemos afirmar que el citado instrumento internacional sigue la “Tesis del elemento extranjero puro”; puesto que tendrán cabida dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento todos los contratos “cuyos elementos pertinentes de la situación se encuentran todos localizados en un país distinto aquel cuya Ley es elegida por los contratantes⁵⁴”. La postura anterior también es deducible del artículo 1.1 el cual indica que el Reglamento sólo será aplicable en el supuesto de obligaciones contractuales que “impliquen un conflicto de leyes”. Una vez analizada la “tesis del elemento extranjero puro” debemos realizar las siguientes precisiones:

En la práctica internacional podemos encontrarnos con contratos “objetivamente internacionales”⁵⁵ en definitiva contratos con vínculos en varios Estados. Son los contratos “menos problemáticos” de cara a la existencia de un “conflicto de Leyes”. En segundo lugar podemos encontrarnos ante un supuesto de “contratos objetivamente internos pero subjetivamente internacionales”. Es decir, los elementos del contrato se encuentran localizados todos en un único Estado pero las partes en el propio contrato pueden realizar un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales de otro Estado o en ocasiones pueden realizar un pacto de sumisión tácita; es decir una de las partes decide litigar ante las autoridades de otro Estado y la otra parte contesta a la demanda sin impugnar la competencia del “juez extranjero⁵⁶”.

En tercer supuesto que podemos encontrar en relación con un contrato de cesión de créditos es que nos encontremos ante contratos objetivamente y subjetivamente internos en los que el único elemento que internacionalice el supuesto sea la elección expresa de Ley realizada por las partes. Es decir, el supuesto en el que todos los elementos del caso en concreto estén relacionados o “localizados” en un mismo país y sin embargo las partes hayan realizado un pacto de elección de Ley a favor de otro ordenamiento. Este pacto de elección de Ley sería válido (el artículo 3.3 establece unos límites para evitar el

mayor información sobre el tema Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. I, op. cit., pp. 19-22; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 27-37.

⁵⁴ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 28.

⁵⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. I, op. cit., pp. 19-22; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 29.

⁵⁶ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 29.

“fraude de ley internacional”) y por ende podríamos aplicar el Reglamento Roma I puesto que existe un elemento que internacionaliza el litigio como es la cláusula de elección de Ley con independencia de que el resto del contrato de cesión de créditos sólo esté vinculado con un único país⁵⁷.

Como indican los intérpretes más autorizados “(...) no estamos ante un verdadero contrato internacional por el simple hecho de que las partes elijan un ordenamiento extranjero en relación aun contrato que únicamente está conectado con un solo ordenamiento. La <<internacionalidad>> opera así, no como una simple condición para que el Reglamento sea aplicable, sino como un presupuesto para la autonomía de la voluntad de las partes en el Derecho internacional privado⁵⁸”. Un ejemplo de lo anterior lo podríamos encontrar en una de las más importantes Convenciones (sino la más importante) en materia de venta internacional de mercaderías; estamos haciendo referencia a la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, en vigor para España desde el 1 de agosto de 1991⁵⁹. La citada Convención dentro de su ámbito de aplicación exige en el artículo 1.1 para que el supuesto sea internacional que “las partes del contrato tengan establecimientos en distintos Estados miembros”; en este punto debemos tener en cuenta que la gran mayoría de los Estados miembros de la Convención de Viena son Estados miembros del Reglamento Roma I⁶⁰, por ello si los contratantes eligieran como aplicable a su contrato internacional la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías no estarían “internacionalizando” un contrato meramente interno. Pero que la Convención de Viena exija para que sea aplicable que las partes tengan establecimientos en distintos Estados miembros no significa que de no darse tal requisito no puedan aplicarse otros instrumentos internacionales, en nuestro caso la compraventa quedaría regulada por el

⁵⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 31. De igual forma con gran maestría Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis Y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *Derecho Mercantil internacional*, 2ª. ed., revisada y puesta al día, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 533-534. Los citados autores entienden que A pesar de la aplicación del Reglamento Roma I al supuesto, las partes no actúan en virtud de su autonomía conflictual, sino sobre la base que el ordenamiento vinculado con el caso les atribuye en virtud del ejercicio del derecho a su autonomía material. Siempre deberán respetarse las normas imperativas del ordenamiento vinculado con el caso es decir, las partes no podrán excluir su aplicación.

⁵⁹ Vid. *BOE* núm. 26 de 30 de enero de 1991 y corr. Errores *BOE* núm. 282 de 22 de noviembre de 1996. De forma general la Convención entró en vigor el 1 de enero de 1988, para un estudio en profundidad del tema Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “Compraventa internacional” en *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, pp. 191-306 entre otros.

⁶⁰ Los únicos Estados que no son parte de la Convención de Viena son: Chipre, Malta, Portugal, Reino Unido e Irlanda.

Reglamento Roma I siempre y cuando existiera un elemento que internacionalizara la situación⁶¹.

1.2 Ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes

Antes de comenzar con el análisis del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes debemos explicar en líneas generales la estructura del Reglamento Roma I de cara a la determinación de la Ley aplicable. La nota característica que preside a todo el Reglamento 44 es que contiene puntos de conexión en “cascada o jerárquicos⁶²” es decir, si existe en el supuesto concreto el primer punto de conexión ya no se podrá acudir al segundo y así sucesivamente. A grandes rasgos podemos avanzar los siguientes puntos de conexión⁶³:

En primer lugar, si las partes han hecho uso de su derecho de elección no podrá pasarse al siguiente punto de conexión, salvo que el pacto de elección de Ley fuera inválido o no se ajustare a los requisitos que establece el artículo 3 del Reglamento Roma I.

En segundo lugar y en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes o si la elección realizada ha resultado inválida podrán darse las siguientes opciones⁶⁴:

⁶¹ Lo lógico es entender que la cláusula de elección de Ley “internacionaliza” el supuesto y por lo tanto hace aplicable el Reglamento Roma I si seguimos la “Tesis del elemento extranjero puro” si el Reglamento Roma I hubiera querido exigir requisitos adicionales para considerar una situación privada como internacional se hubiera recogido de forma expresa en el texto.

⁶² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 598-626; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 545-582; ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., pp. 129-172; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 53-110; ID., “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles...”, op. cit., pp. 151-166; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 170-186; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., pp. 7-9. Estos autores también lo definen como puntos de conexión en “escalera”. Para un estudio más detallado de las posibilidades de las partes en relación con la elección de Ley en este caso en relación con el Convenio de Roma, cuyas consideraciones son igualmente válidas para el Reglamento Roma I Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de Ley...”, op. cit., pp. 7-40.

⁶³ *Ibidem*, de igual forma Vid. Artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I.

⁶⁴ *Ibidem*

En primer lugar tendríamos que acudir a la lista de los ocho contratos que establece el artículo 4.1 del Reglamento. Si el contrato es uno de esos “contratos-tipos” aplicaríamos la Ley designada por ese punto de conexión.

La segunda hipótesis es que el contrato no se encuentre dentro de la lista de esos ocho contratos tipo (es lo que sucede con nuestro tema objeto de estudio, la cesión de créditos) y para el supuesto en el que el contrato esté formado por una suma de varios contratos “tipo” reflejados en la lista y se entienda que el contrato sí tiene prestación característica, se entiende que el contrato se regirá por la Ley del lugar de residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica (art. 4.2) . En relación con la cesión de créditos podemos afirmar que el prestador característico en este contrato es el cedente “sujeto que tiene a su cargo una prestación más compleja”, se entiende que la Ley aplicable a la cesión de créditos será la Ley de la residencia habitual del cedente (art. 4.2). En todo caso siempre debemos tener en cuenta que la figura del contrato de cesión de créditos está regulada en el artículo 14 del Reglamento Roma I⁶⁵.

La tercera hipótesis que puede presentarse es que nos encontremos ante un contrato dentro de la “lista de ocho” (art. 4.1) y que esté excluido de esa lista y que además tenga prestación característica (4.2). En estos a pesar de que pueda incluirse dentro de la categoría del artículo 4.1 o 4.2 podrá aplicarse la “excepción” contenida en el artículo 4.3 del Reglamento Roma I cuando se entienda que el contrato presente vínculos “manifiestamente” más estrechos con otro país. En ese caso se aplicará la Ley de ese otro país puesto que la finalidad esencial del Reglamento es garantizar la previsibilidad de las soluciones⁶⁶.

La cuarta posibilidad consiste en la aplicación de la “cláusula de cierre”, es decir, no obstante las premisas anteriores y en defecto del ejercicio de la autonomía de la

⁶⁵ Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso- Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 728. La figura de la cesión de créditos será objeto de estudio en posteriores páginas como mayor profundidad.

⁶⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 598-626; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 545-582; ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., pp. 129-172; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 53-110; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 170-186; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., pp.7-9.

voluntad de las partes y para el supuesto en el que no exista prestador característico o cuando existiendo no pueda determinarse su residencia habitual, se aplicará aquí la denominada “cláusula de cierre” del artículo 4.4 Reglamento Roma I y por ende se aplicará la Ley del país más vinculado con el supuesto (en nuestro caso un contrato de cesión de créditos) analizando el resto de datos del contrato⁶⁷.

Tras realizar un breve análisis de los puntos de conexión debemos mencionar una importante contradicción existente en el Reglamento: como hemos ido explicando anteriormente el Reglamento Roma I es el instrumento internacional adecuado para determinar la Ley aplicable a las obligaciones que nacen de un contrato; sin embargo el Reglamento Roma I “determina la Ley aplicable al contrato” es decir, determina la Ley aplicable a cada contrato, por eso los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I mencionan el término “contrato” y no el término “obligaciones contractuales” o “conjunto de contratos⁶⁸”. Llegados a este punto de nuevo nos encontramos con una definición autónoma o propia del Reglamento Roma I en relación con el término contrato; es definido como “el acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas”. Luego para que nos encontremos ante un contrato regulado por el Reglamento Roma I deberán existir 2 características: En primer lugar deberá existir “una vinculación voluntaria” entre las partes en presencia, es decir las obligaciones derivadas del mismo deben “vincular” a todas las partes existentes; y en segundo lugar deberá existir un “equilibrio contractual único”, debe existir equilibrio entre las diferentes prestaciones⁶⁹.

⁶⁷ *Ibidem*

⁶⁸ Es muy difícil determinar en la práctica la Ley aplicable a un “conjunto de contratos” o de un “grupo de contratos” con independencia de los vínculos que presenten en relación con un concreto Estado. Sin embargo en ocasiones, las partes eligen “de forma global” la Ley estatal aplicable a un conjunto de contratos, dicha elección de Ley sólo será válida cuando existan tantas “elecciones de Ley” como contratos. En definitiva se deberá determinar la Ley aplicable a cada contrato de forma individual. De todo lo anterior se puede extraer la siguiente conclusión: Cada contrato será regulado por una Ley como mínimo.

⁶⁹ *Ibidem*. Los requisitos anteriores son los requisitos básicos que deben existir en cualquier contrato; con independencia de que nos encontremos ante un contrato “mixto” o complejo formado por la suma de diferentes contratos. El concepto de contrato no puede confundirse con el concepto de “documento” puesto que un contrato puede desarrollarse en varios documentos; cuando hacemos referencia al concepto de documento estamos indicando el lugar físico “donde constan los pactos entre las partes”. El artículo 3 apartado primero del Reglamento Roma I también admite la posibilidad de determinar la Ley aplicable a ciertas partes del contrato; de igual forma las partes del contrato que deban ser regulados por normas “internacionalmente imperativas” deberán ser regulados por sus propias normas (art. 9) y el resto del contrato podrá ser regulado por las normas a las que no lleven el resto de los puntos de conexión de los artículos 3 y 4 del texto internacional.

Finalizamos el análisis anterior haciendo referencia a las funciones que debe cumplir la Ley del contrato; la Ley del contrato será la que cree el contrato es decir, dotará de fuerza jurídica vinculante al pacto inter partes, en caso contrario el contrato o tendría efecto obligatorio y por ello no estaríamos hablando de un contrato propiamente dicho. Al margen de las cláusulas que establezcan previamente los contratantes, la Ley del contrato tiene como segunda función delimitar las cláusulas válidas de las inválidas; la tercera y última característica de la Ley del contrato es suplir las propias deficiencias de las partes o resolver los problemas de interpretación del contrato⁷⁰.

Una vez desarrollada en líneas generales la estructura del Reglamento Roma I analizaremos de forma pormenorizada los puntos de conexión: Como hemos avanzado anteriormente, la primera posibilidad que tienen las partes es hacer uso de su derecho de elección, en definitiva hacer uso de la “autonomía de la voluntad conflictual” del artículo 3.1 Roma I.

A continuación analizaremos de la forma más detallada posible el artículo 3 del Reglamento, la “autonomía de la voluntad conflictual”. En el estudio se pueden observar distintas etapas: en primer lugar estudiaremos el concepto y su posible justificación histórica, en segundo lugar explicaremos las condiciones que impone el Reglamento Roma I para que la elección de Ley sea válida y en tercer lugar y último lugar analizaremos las posibilidades de las partes.

i) Justificación histórica y concepto

Como hemos ido adelantando a lo largo de este capítulo, el primer punto de conexión que utiliza el Reglamento Roma I para determinar la Ley que rige el contrato objeto de litigio (en nuestro caso contrato de cesión de créditos) es la “autonomía de la voluntad conflictual” recogida en el artículo 3 del reglamento. Las partes tienen absoluta libertad a la hora de elegir el derecho aplicable a su contrato internacional de cesión de créditos⁷¹.

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ Para un estudio en mayor profundidad de este punto de conexión Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., “La Ley aplicable a los contratos internacionales...”; op.cit., pp. 1-18; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. pp. 598-627; ID., “Ley aplicable al contrato...”, op. cit. pp. 62-65 (en relación con el Convenio de Roma); ID.,

El punto de conexión “autonomía de la voluntad” tiene una enorme tradición histórica en nuestro derecho comparado. Sus orígenes se remontan a la Alta Edad Media con ciertos actos muy básicos para cuestiones particulares de la época como podía ser la aplicación de la “Ley personal del donante” para los supuestos de entrega de la dote en caso de matrimonio. Dicha figura jurídica continua evolucionando en la Baja Edad Media donde en el siglo XV se entendía que los contratos se regían por la Ley del lugar de conclusión⁷².

Las consecuencias más importantes son debidas a la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 5 de diciembre de 1910 “*American Trade Company*” gracias a la cual el criterio a seguir de cara a la “autonomía de la voluntad” a lo largo del siglo XIX

“Contratos Internacionales (I): Competencia judicial...”, op. cit., pp. 545-582; ID., “El Reglamento Roma I...”, op. cit., pp.129-172; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., pp. 53-110; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial...”, (En relación con el Convenio de Roma) op. cit., p.12; ID., *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 65-82; ID., *Globalización y Derecho Internacional Privado*, Albacete, LiberLibro.com, 2002, pp. 98-109; (De nuevo en relación con el Convenio de Roma); CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, Miguel C., “Contrato internacional de trabajo...”, op. cit., pp. 1365-1368. De igual modo Vid. AGUILAR NAVARRO, Mariano., *Derecho civil internacional*, 4ª. ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1975 (reimpresión en 1979), pp. 521-656; ANGULO RODRÍGUEZ, M., “Artículo 10.5 C.c.” en *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975)*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 520-529; ID., “Las obligaciones contractuales en el vigente Título Preliminar del Código Civil español”, en *Revista profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, 1975, pp. 231-242; RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS., “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después...”, op. cit., pp.515-517 (en relación con el Convenio de Roma); de igual forma pero en relación con los contratos de distribución Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 170-186; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>>...”, op. cit., pp. 7-9; para un estudio de la Ley aplicable a los contratos internacionales en América Latina Vid. OVIEDO ALBÁN, Jorge., “La Ley aplicable a los contratos...”, op. cit. pp. 118-157; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “España se adhiere al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980” en *REDI*, 1994, pp. 446-451; MIAJA DE LA MULA, A., *Derecho Internacional Privado II* (revisada por BOUZA VIDAL, N.,), 10ª ed., Madrid, Atlas, 1987, pp. 292-317 y 336-364; VIRGÓS SORIANO, M., “Obligaciones contractuales” en DE CAMPOS, J.D., *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 143-207; ID., “Artículo 10.5 C.c.” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., dirigido por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Tomo I, Vol. II, Madrid, Edersa, 1995, pp. 609-694; ID., “Artículo 10.10 C.c.” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., dirigido por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART., S., Tomo I, Vol. II, Madrid, Edersa, 1995, pp. 769-788; ID., “Artículo 10.5 C.c.” en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 116-121.

⁷² Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 599. Como mencionan los citados autores en el Siglo XV ROCHUS CORITUS Consejero del Senado de Milán “fue el primero en indicar con extrema brillantez que los contratos se rigen por la Ley del país de su conclusión”. Se entiende que dicha Ley ha sido elegida por las partes aunque sea de manera implícita; posteriormente y siempre para el supuesto matrimonial, CH DUMOULIN elaboró el “célebre dictamen de los esposos DE GANEY” en 1525 donde se indicaba que los contratos debían regirse por la Ley que las partes han elegido ya sea de forma expresa o tácita, en todo caso se establece una presunción: La ley aplicable en aquel momento era la Ley del primer domicilio del marido.

será la “Ley elegida por las partes”. Como afirma un importante sector doctrinal: “A partir de ese momento, todos los países europeos aceptaron la autonomía de la voluntad conflictual como primer criterio para determinar la Ley reguladora de los contratos internacionales⁷³”.

En la primera mitad del siglo XX predominan las teorías francesas en concreto la “teoría de la localización”, la cuál viene a indicar que los contratantes no tienen la posibilidad de elegir el derecho aplicable a su contrato sino que “localizan el contrato” dentro del país más vinculado. Será la Ley de ese país la que regule el contrato y “el pacto de elección de Ley”. La anterior teoría no tenía solidez suficiente puesto que la elección de Ley era posible sin que existiera una Ley estatal que lo permitiera. Dicha Teoría se abandona con la entrada en vigor del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980. Todo lo anterior facilita la introducción del criterio de la “autonomía de la voluntad” como primer punto de conexión del Convenio de Roma y en su caso del Reglamento Roma I. En España el citado punto de conexión fue acogido por nuestra jurisprudencia mucho antes de la promulgación del C.c. de 1889. Sin embargo sólo con la reforma del artículo 10.5 C.c. introducida por el Decreto 1836 de 31 de mayo de 1974 por el que “se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del C.c. la jurisprudencia tuvo ya base legal para referirse a la autonomía de la voluntad conflictual⁷⁴”.

Los beneficios que este punto de conexión ofrece a las partes son incuestionables; las partes al hacer uso de su derecho de elección son previsoras de cara a evitar posibles litigios en relación con el derecho aplicable. Las partes de antemano van a conocer el derecho aplicable y por lo tanto siempre sabrán lo que es correcto y lo que no en relación con su contrato de cesión de créditos, lo anterior conlleva la “reducción de costes de *enforcement*”, es decir, las partes podrán litigar ante los tribunales por muchos otros asuntos pero no litigarán en relación con la Ley aplicable al contrato de cesión de créditos, además el ejercicio del derecho de la autonomía de la voluntad conflictual facilita la labor del juez o del árbitro puesto que deberá adoptar una resolución que se acomode a dicha Ley y por lo tanto siempre serán soluciones fácilmente previsibles para

⁷³ *Ibidem*

⁷⁴ *Ibidem*, Vid. BOE núm. 163 de 9 de mayo de 1933.

las sujetos intervinientes (en nuestro caso cedente, cesionario y deudor entre otros) y por ello se aplicará el derecho más beneficioso para ellos⁷⁵.

En segundo lugar, en relación con el concepto: la doctrina y la jurisprudencia definen la “autonomía conflictual” como el “derecho subjetivo del que disponen los contratantes, consistente en poder elegir la Ley que regula el contrato en el que participan⁷⁶”.

⁷⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. pp. 599-601; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., pp. 56-58. Una de las sentencias que se hace eco de los beneficios o ventajas de la cláusula de elección de Ley en relación con las partes es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/139815) en este caso el litigio surgía en relación con un “contrato de apertura de crédito” otorgado por una entidad bancaria alemana en relación con un cliente con nacionalidad española, se entiende que el demandado (el nacional español) no ha incumplido con el pago de los intereses puesto que la denuncia no se interpuso en tiempo, se aplicará a todo el supuesto la Ley alemana puesto que las partes a la hora de firmar el contrato de crédito habían elegido esa Ley como reguladora del contrato, y el Tribunal entiende que dicha elección es válida de conformidad con el artículo 10.5 del C.c. español (Fundamento Jurídico tercero) por el contrario la Audiencia Provincial de Barcelona no estuvo acertada en la elaboración de la Sentencia de 3 de marzo de 2004 (RJ 2004/119202), el Tribunal en el Fundamento de Derecho primero establece de forma correcta que en ocasiones los tribunales que están conociendo deben aplicar un derecho diferente al país del juzgador, es lo que sucede en este supuesto; el juzgador de un paso más allá y establece como aplicable en primer lugar la Ley elegida por las partes, en nuestro caso era la Ley colombiana, pero introduce un enorme error puesto que exige un requisito adicional a lo recogido expresamente por la Ley en el Fundamento de Derecho primero: el Tribunal indica que para que el contrato pueda regirse por la Ley elegida por las partes siempre y cuando “tenga alguna conexión con el negocio de que se trate”. Lo anterior es un terrible error puesto que las partes tienen absoluta libertad de cara a la elección del derecho aplicable con independencia de que el supuesto esté o no vinculado con el supuesto. El error del juzgador viene marcado por la aplicación del artículo 10.5 del C.c. junto con el texto del Convenio de Roma, el artículo 10.5 del C.c. exige que la Ley elegida por las partes presente algún vínculo con el contrato. La Sentencia está llena de errores puesto que el juzgador tendría que haber resuelto de conformidad con el Convenio de Roma y en todo caso nunca se pueden aplicar las dos legislaciones conjuntamente de cara a determinar la validez de la cláusula de elección de Ley. El error anterior no se habría producido si el legislador español hubiera derogado nuestra normativa interna tras la entrada en vigor de las normas de conflicto del Convenio de Roma. De igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 58; la profesora CASTELLANOS indica que en ocasiones las Sentencias no van a admitir el pacto de elección como válido “por falta de prueba del derecho extranjero elegido como *lex contractus*”, pone como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Social de 24 de abril de 2006 (AS 2006/1902).

⁷⁶ Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. pp. 598-599; ID., “Ley aplicable al contrato...”, op. cit. pp. 66-72 (en relación con el Convenio de Roma); CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., pp. 53-55. Para un estudio en mayor profundidad de los requisitos que debe cumplir el pacto de elección de Ley en América Latina Vid. OVIEDO, ALBÁN, Jorge., “La Ley aplicable a los contratos...”, op. cit. 122 y ss. De otro lado la jurisprudencia más destacable en este ámbito son: Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (RJ 2008/3080). En la citada Sentencia se establecía la incompetencia de los Tribunales españoles en el caso de un contrato de salvamento puesto que las partes habían realizado un pacto de sumisión expresa a favor de la Corte arbitral con sede en Londres la cual figuraba en el contrato de salvamento, además en el conocimiento de embarque donde se documentaba el contrato de transporte marítimo, las partes habían realizado un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales de Róterdam. De igual forma: Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007/6815); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de marzo de 2004 (JUR 2004/119202); Sentencia de Audiencia Provincial de Málaga de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/139815); Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid Sala de lo Social, de 18 de

ii) Condiciones de validez

El propio artículo 3 en su apartado primero establece los requisitos que debe cumplir el pacto de elección de Ley para que éste sea válido: En primer lugar la elección de Ley que realicen las partes debe ser “clara e inequívoca, cierta y no presunta”. Se admite la elección de Ley de forma tácita pero siempre deberá ser “cierta”. En segundo lugar se indica que las partes deben elegir una “Ley estatal”; en tercer lugar se indica que el pacto de elección de ley debe cumplir unos requisitos en relación con “la capacidad, fondo y forma” del contrato; y en cuarto lugar se exige que nos encontremos ante situaciones que impliquen un “conflicto de Leyes”⁷⁷. A continuación desarrollaremos los requisitos exigidos de la forma más específica posible:

a) Claridad en la elección de Ley

Como hemos mencionado anteriormente el primer requisito que exige el artículo 3 en su apartado primero es la “claridad en la elección de la Ley”. En este ámbito debemos tener en cuenta que la claridad también se puede predicar en relación con elecciones tácitas del derecho aplicable. El artículo indica “la elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”⁷⁸. Analizaremos los requisitos que deben cumplirse en un pacto de elección de Ley de forma expresa y posteriormente los exigidos en un pacto de elección tácita de Ley.

julio de 2005 (As 2005/2905); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2006 (AC 2007/497); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia Sala de lo Social de 20 de octubre de 2005 (AS 2006/219).

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 602-618 así como pp. 558-110 respectivamente.

⁷⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 602. ID., *Contratos Internacionales (I): competencia judicial...*, op. cit. pp. 549-570; ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., p. 139-158. ; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 172-181; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., pp.7-9. Lo que el Reglamento Roma I no admite son las “elecciones presuntas de Ley” ni las “elecciones hipotéticas” es decir, el juez que esté conociendo del litigio debe deducir de forma clara la Ley que las partes han querido que rija su contrato derivado de la práctica de las mismas o del propio contrato, “no se trata de determinar la Ley que las partes en un concreto contrato habrían elegido de haberse planteado la cuestión de la Ley aplicable al contrato, ni tampoco se trata de determinar la Ley que habrían elegido unos contratantes medios o ideales”.

La elección realizada de forma expresa es la que plantea menores problemas ya que o bien consta de forma clara en el contrato o en cualquier otro documento perdurable en el tiempo (incluso en ocasiones puede realizarse de forma oral) por ello se deberá realizar por escrito⁷⁹. El pacto de sumisión expresa puede realizarse a través de varios medios: en ocasiones un contrato se remite a unas “condiciones generales de la contratación” y el pacto de sumisión expresa se contiene en esas condiciones generales, ese pacto de sumisión expresa será válido siempre y cuando las partes tuvieran conocimiento de que ese contrato remite a las citadas condiciones y por ende tuvieran conocimiento de la existencia de la cláusula de elección de Ley. A veces por el contrario nos encontramos con elecciones realizadas de forma expresa por un contratante y de forma tácita por el otro, es decir que de la actuación indubitada de la otra parte no se deduce ninguna actuación en contra, dichos supuestos también son admisibles⁸⁰.

En determinados supuestos la elección expresa puede plantear problemas de cara a la determinación del derecho aplicable, estamos haciendo referencia a los casos de elecciones “presuntas” o elecciones expresas realizadas de forma oral. Para probar el pacto de elección de Ley deberán aplicarse las normas contenidas en el artículo 18 apartado segundo del Reglamento Roma I ya que nos encontramos ante supuestos procesales⁸¹. El problema estriba en que en la práctica judicial cuando las partes no consiguen probar el derecho extranjero el tribunal del país cuyos tribunales estén conociendo del asunto, es decir el “tribunal del foro”, aplicará supletoriamente sus normas de derecho internacional privado para resolver el objeto del litigio; en definitiva

⁷⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 603; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 59. En nuestra jurisprudencia existen grandes ejemplos de lo anterior como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Social de 21 de septiembre de 2004 (AS 2004/2756) en la que se aplica la Ley portuguesa a un contrato puesto que las partes había elegido que su contrato se riera por la citada Ley. El Tribunal cometió un error en la citada Sentencia al entender que las partes habían realizado un pacto de sumisión expresa a favor de la Ley española, sin embargo las partes habían realizado “una incorporación por referencia” puesto que establecían en el contrato que en lo no previsto por él se aplicaría la legislación aplicable al caso y en su defecto el Estatuto de los Trabajadores”. Luego en este caso no podemos estar ante una “elección clara de Ley” puesto que simplemente nos encontramos ante una “incorporación por referencia”. Es decir, se “incorporan al contrato” unas concretas normas de la legislación española y por lo tanto no nos encontramos ante el punto de conexión del artículo 3, el juzgador a la hora de establecer la Ley aplicable tendría que haber analizado los siguientes puntos de conexión contenidos en los artículos 4 a 6 del Reglamento Roma I. Como indican los autores anteriormente citados: “En realidad, de forma un poco oscura, es lo que acaba realizando el Tribunal aunque sólo fuera a efectos meramente didácticos”.

⁸⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 603; los citados autores lo denominan “Elección semi-expresa de Ley”.

⁸¹ *Ibidem*. Los medios de prueba vendrán determinados por los mecanismos que establezca la Ley del país cuyo tribunal esté conociendo del asunto.

si las partes no consiguen probar el derecho extranjero deberán entender que el juez tampoco lo hará lo cual no implica que se deba aplicar supletoriamente las normas del tribunal del foro. Por otro lado debemos tener en consideración que el Reglamento Roma I no establece nada acerca de la prueba del derecho extranjero, en todo caso deberemos recurrir a las normas de Derecho Internacional Privado del tribunal que esté conociendo del asunto. Para el supuesto de litigio ante tribunales españoles deberíamos aplicar el artículo 281.2 LEC lo cual implica que serán las partes las facultadas para probar el derecho extranjero si el derecho extranjero no resulta probado el tribunal del foro no deberá aplicar de forma supletoria sus normas de producción interna⁸².

La segunda posibilidad admitida por el Reglamento Roma I es que las partes realicen un pacto de elección de Ley de forma tácita o implícita. El artículo 3 en su apartado primero permite que las partes realicen un pacto de elección de Ley de forma tácita o implícita, sin embargo en este caso el Reglamento Roma I es mucho más riguroso que con la elección expresa de Ley ya que exige que dicha elección resulte “de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”. Como

⁸² CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 61; como establece la citada autora en estos supuestos la situación privada internacional se convierte en la mayoría de los supuestos en un supuesto meramente interno y por lo tanto se va a regular “sin tener en cuenta la imperatividad de las normas de conflicto-conforme se establece en el artículo 12.6 del C.c.-, por la legislación española”. De vital importancia en relación con la prueba del Derecho extranjero es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña de 25 de mayo de 2007 (JUR 2007/303505), en la citada sentencia se debatía sobre un problema laboral en relación con el despido de unos bailarines de nacionalidad rusa, la sentencia de instancia desestima la demanda de despido al entender que el derecho que debe regir la situación jurídica es el derecho ruso. Ello se desprende de la lectura del Fundamento de Derecho primero donde se indica que las partes al formalizar el contrato realizaron un pacto expreso de elección a favor del derecho laboral de la Federación rusa, sin embargo tal derecho no pudo ser probado por las partes, el resto del contrato quedaba sometido a la legislación vigente. El tribunal alega que la problemática ya había sido resuelta en la Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004 (RJ 2005/1056) y de 19 de febrero de 1990 (RJ 1990/1116) así como en la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2002 de 11 de febrero (RTC 2002/33). Como indica el Tribunal en el Fundamento de Derecho segundo la falta de prueba del derecho extranjero no puede implicar la aplicación de la Ley del tribunal del foro (mala práctica de algunos de nuestros tribunales), “pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la Ley española, cuando se considere que esta es más beneficiosa”. “(...) No se trata de la aportación de un hecho al proceso, cuya falta de prueba perjudica a la parte que fundaba en él su pretensión o su resistencia, sino de una norma o un conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, porque así lo dispone una regla que es imperativa. Por ello, no puede decirse que el Derecho nacional se aplica si no se prueba el Derecho extranjero por la parte que está interesada en esa aplicación. Por el contrario, lo que sucede es que, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión sea acogida”. Luego en el supuesto en el que las partes no consigan probar el derecho aplicable al contrato en virtud del ejercicio de su derecho de autonomía de la voluntad ¿que podría hacer el juzgador? en ningún lugar debería aplicar la *Lex fori* como derecho supletorio, posición que ha quedado aclarada con rotundidad con la majestuosa sentencia del TSJ de Cataluña de 25 de mayo de 2007 (JUR 2007/303505); lo más lógico en estos casos sería aplicar el siguiente punto de conexión contenido en el artículo 4 del Reglamento Roma I, en defecto del primero se pasaría al siguiente y así sucesivamente.

afirmar la doctrina más cualificada la elección “implícita de Ley” significa que la elección debe ser “cierta”⁸³.

La norma internacional exige que la elección de Ley implícita “resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso” implica que el juez a través de todos los datos del caso debe “quedar convencido, de un modo radical, sin duda ninguna, del hecho de que las partes han elegido una concreta Ley como Ley aplicable a su contrato”⁸⁴. El juez a la hora de dictar sentencia debe haber seguido un método deductivo a través del cual tenga la “absoluta certeza” de que esa es la Ley que las partes han elegido como reguladora de su contrato. Simplemente con que exista una “mínima duda” o una “duda razonable” en relación con la elección de Ley, se entenderá que las partes no han hecho uso de su autonomía de la voluntad y por ende la Ley aplicable al contrato vendrá determinada por el siguiente punto de conexión y en defecto del primer punto de conexión del artículo 4 se pasará al siguiente y así sucesivamente⁸⁵.

La existencia de la elección implícita de Ley de conformidad con el artículo 3.1 debe deducirse de forma clara y evidente de los “términos del contrato” o “de las circunstancias del caso”. Cuando el artículo 3.1 del Reglamento Roma I hace referencia a los “términos del contrato” se está refiriendo a los supuestos en los que las partes entienden que no es necesario realizar una elección expresa de Ley porque de los términos del contrato se puede deducir con claridad la Ley⁸⁶. En el caso de las

⁸³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 603.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 604.

⁸⁵ *Ibidem*, la explicación a las exigencias anteriores deriva del hecho de que el legislador comunitario exige que el contrato sea regulado por la Ley verdaderamente elegida por las partes y no por ninguna otra, con ello se fomenta la aplicación de leyes previsibles para las partes y por lo tanto se reducen los costes. De igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 65. El juez deberá motivar su sentencia dejando constancia de todo el procedimiento que ha realizado de cara a la acreditación de la ley implícita elegida por las partes, nunca tendrán cabida en este supuesto una “voluntad hipotética” de ley aplicable, es decir el juez nunca deberá plantearse qué hubieran elegido las partes en la misma situación. De igual forma Vid. RADICATI DI BROZOLO, L., SALERNO, F., “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en FRANZINA, P., (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento <<Roma I>>-Atti della giornata di studi-Rovigo*, 31 de marzo 2006, Padova, 2006, pp. 1-8, especialmente Vid. la página 4 y en concreto su nota al pie número 13.

⁸⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 604; de igual forma CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., “La Ley aplicable a los contratos internacionales...”, op. cit. p. 5. Los citados autores entienden que la Ley aplicable se deducirá de forma clara y evidente de los términos del contrato cuando se introduzcan en el mismo cláusulas como: “El contrato quedará sujeto a la legislación local vigente”, de igual forma se

“circunstancias del caso” estamos haciendo referencia al análisis de todos los actos o datos relacionados con el contrato, es decir “hechos concluyentes”, lugar de celebración o ejecución del contrato⁸⁷...

En relación con la “prueba de la elección implícita de Ley” un importante sector doctrinal entiende que el Reglamento Roma I sí ha introducido precisiones específicas de cara a determinar el “método de detección” de la existencia de “elección implícita de Ley” y de cara a determinar la ley presumiblemente elegida por las partes. El Reglamento no aporta un *numerus clausus* o número tasado de supuestos que pueden ser tenidos en cuenta. Por lo tanto, el legislador faculta al juez para que utilice cualquier dato que tenga a su alcance con independencia de su naturaleza o características, que permita revelar de forma indubitada la intención de los contratantes de cara a la determinación del derecho aplicable; nos encontramos por lo tanto ante un “sistema abierto”⁸⁸. No obstante lo anterior, debemos tener presente que no nos encontramos ante

introduce por las partes una cláusula donde se indica que el “contrato se regirá por la ley del país ante cuyos tribunales se presente la demanda”...

⁸⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “La Ley aplicable a los contratos internacionales...”, op. cit. p. 5; en este caso el profesor CALVO CARAVACA entiende que son “datos relevantes o evidentes” que permiten establecer con claridad la Ley implícita que regulará el contrato los siguiente datos: la lengua utilizada por las partes en el contrato, el empleo de términos concretos de una determinada lengua, la sumisión expresa a unos tribunales concretos... En cierta medida se está equiparando la Ley aplicable con el país más vinculado, por eso se debe poder deducir con claridad la Ley a la que conducen esos “datos relevantes” no debemos encontrarnos ante “meros indicios”; por eso como dice la doctrina citada nos encontramos en muchas ocasiones ante un supuesto complicado y por lo tanto ante cualquier duda el juez deberá tomar la decisión de que las partes no han hecho uso de su ejercicio de elección de Ley. De igual forma recogiendo la opinión de los autores anteriores Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 66.

⁸⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. pp. 604-605; así como CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., pp. 65-66. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. FRIGESSI DI RATTALMA, M., “Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma del 19 giugno 1980” en *RDIPP*, 1992, pp. 819-854; KAYE, P., *Le new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, pp. 188-191; KASSIS, A., *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, PP. 360-368. Nuestra jurisprudencia no es unánime a la hora de utilizar un criterio y otro de cara a la determinación del derecho implícitamente elegido por las partes; ejemplos de sentencias en las que se tienen en cuenta “las circunstancias del caso” Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2003 (JUR 2003/74059) en dicha sentencia el tribunal entiende que las partes han elegido como “ley implícita” la ley alemana tras el análisis de ciertos actos del contrato como el hecho que las partes habían redactado el contrato en el citado idioma y desconocían nuestra lengua. De igual forma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de febrero de 2006 (RJ 2006/9907) en la cual se desprende que las partes habían realizado una elección tácita de Ley ya que en el contrato existían una cláusula donde se indicaba que el contrato se regiría por “la legislación local vigente” en este supuesto era la italiana. Sin embargo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2005 (RJ 2005/776) el Tribunal entendió con gran acierto que no se podría probar la existencia de una cláusula implícita de elección de Ley a favor de la legislación alemana por el simple hecho de que Alemania fuera el país donde se debían pagar las cotizaciones a la Seguridad Social y por el simple hecho de que los impuestos habían sido pagados en ese país.

una simple “suma de elementos aislados”, sino que nos encontramos ante un supuesto en el que se debe realizar un examen cuidadoso de la importancia de los datos relacionados con el contrato⁸⁹.

b) Elección de una Ley estatal

Una vez analizada la primera exigencia del artículo 3 apartado primero de cara a los requisitos que debe cumplir el pacto de elección de Ley para que este sea válido es decir la claridad, continuaremos con el análisis del segundo supuesto que exige el citado artículo: elección de una “Ley estatal”. Los contratantes tienen absoluta libertad de cara a la elección de Ley, por ello podrán elegir la Ley que más se adecue a sus intereses siempre y cuando cumplan lo establecido en el artículo 3.1 del Reglamento Roma I así como en el Considerando 11 al recoger el término: “ley elegida por las partes”, lo anterior implica que las partes deberán elegir la Ley de un Estado miembro. No será necesario que la Ley que elijan esté vinculada con el supuesto sin embargo la Ley que elijan sí deberá cumplir con los siguientes requisitos: Debemos encontrarnos ante una Ley estatal, que esté vigente y que haga referencia a un Estado existente⁹⁰.

⁸⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. pp. 604-605; ID., *Contratos Internacionales (I): competencia judicial...*, op. cit. pp.547-570; así como CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 66: Un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en el Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma en Reglamento Comunitario y su actualización (COM/2002/654 final) en donde se indica que existirá elección tácita de ley cuando en el contrato exista una referencia a artículos concretos de una determinada Ley sin necesidad de hacer mención expresa a toda la Ley. De igual forma la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) de 15 de diciembre de 2005, (COM/2005/650 final) indicaba que si las partes en su contrato realizaban un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales de un concreto Estado miembro dicho pacto deberá tenerse en cuenta de cara a la posible elección “implícita” de ley pues de lo anterior se puede deducir la posible intención de las partes de elegir como aplicable la ley de ese estado miembro. Lo anterior se desprende de la lectura del Considerando 12 del Reglamento Roma I. Sin embargo, en este punto podemos hacer la siguiente crítica al citado instrumento internacional, se puede entender que lo más lógico es que si las partes han decidido que en la práctica concreta y en caso de litigio conozca del caso un concreto tribunal también decidan como aplicable al caso la Ley de ese tribunal; luego hacen coincidir foro con ley. Sin embargo a nuestro juicio el Reglamento Roma I incurre en un error pues indica que las partes eligen a tribunales de un Estado miembro y por lo tanto coincidiría con la Ley de un concreto Estado miembro. Se entiende que derivado del carácter “universal” o “erga omnes” del Reglamento los pactos de sumisión o de elección de Ley podrían realizarse a favor de un Estado no miembro.

⁹⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. pp. 606-612. Para un análisis en profundidad del tema Vid. MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., “The Green Paper on a Future Rome I Regulation- On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n°. 103, pp. 131-189; MANSKOWSKI, P., “The Principle of Charanteristic Performance Revisited Yet Again”, en BOELEWOELKI, K., EINHORN, T., GIRSERBERGER, D., SYMEONIDES, S., *Convergence and Divergence in Private Internacional Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Ed. Eleven International Publishing/Schulthess Verlag, 2010, pp. 434-462; LAGARDE, P., “Remarques sur la

En relación con la primera exigencia, que sea una Ley estatal, se entiende que las partes del contrato deberán elegir la Ley de un Estado, el artículo 3.1 introduce el término “Ley” y no “Derecho” cuyo alcance es mayor. En este supuesto sólo tendrá cabida la ley de un determinado ordenamiento y no “otros materiales jurídicos que no son la Ley de un Estado”. No obstante lo anterior debemos realizar las siguientes precisiones⁹¹:

En primer lugar hay que tener presente que para el Reglamento Roma I será imprescindible que cualquier contrato esté regulado por una Ley estatal concreta. En segundo lugar en relación con los “conjuntos normativos no estatales” el Reglamento Roma I permite que sean introducidos por las partes en el contrato, pero sólo como si fueran pactos privados realizados por ellas y nunca serán por sí mismos una “elección de Ley”, en estos casos la doctrina más autorizada entiende que nos encontramos ante un supuesto de “incorporación por referencia” a un contrato en relación con un Derecho no estatal. Sólo serán válidos como contenido del contrato cuando así lo permita la Ley que regule el contrato⁹².

Cuando la doctrina acoge el término “incorporación por referencia” se está refiriendo a: “La Nueva *Lex Mercatoria*”, “usos o prácticas del comercio internacional”, principios esenciales que deben regir cualquier práctica comercial internacional como pueden ser: la buena fe, el equilibrio contractual..., dentro de esta opción también tendrán cabida los “Principios UNIDROIT” y otros conjuntos normativos parecidos como pueden ser los Principios del Derecho Europeo de los contratos (PECL), el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*), los principios del “Anteproyecto” del Código Civil Europeo...En estos

proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349; LAGARDE, P., TENENBAUM, A., “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, pp. 727-780.

⁹¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 606. Compartimos la opinión de la profesora MANDALONIZ, Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op.cit., p. 46 al entender que: “Se entiende por su interpretación literal que ha de ser una ley estatal y por el carácter universal o *erga omnes* podría llegar a ser designada por la ley de un tercer Estado. Lo que se obvia es la posibilidad que contempló la Propuesta de Reglamento de abarcar una ley no estatal. No cabría considerar, por tanto, un Convenio internacional; que, no obstante, las partes podrían incorporar por referencia a su contrato”.

⁹² *Ibidem*, lo anterior se desprende de la lectura del Considerando 13.

casos la mayoría de la doctrina entiende que nos encontramos ante una “falsa elección de Ley⁹³”. En el supuesto en el que las partes deciden someter su contrato a un determinado derecho estatal a la par que a la “Nueva *Lex Mercatoria*”. La doctrina más cualificada entiende que la sumisión a los dos recursos es “incompatible⁹⁴”. La “incompatibilidad” entre los dos recursos se desprende de la tesis “tradicional” de la “Nueva *Lex Mercatoria*” se entiende que el pacto de elección de Ley en relación con la “Nueva *Lex Mercatoria*” sólo tendrá validez para regular la “parte dispositiva del contrato como autonomía material y no como autonomía conflictual”. También nos encontraremos ante un supuesto de “incorporación por referencia” en el caso en el que las partes decidan realizar en su contrato “remisiones a Convenios internacionales” no aplicables al contrato en defecto de la voluntad interpartes⁹⁵. Estas cláusulas de “incorporación por referencia” tendrá el valor que les autorice la Ley que rige el contrato⁹⁶. Las citadas cláusulas serán aplicables siempre y cuando “no contradigan las normas imperativas de la ley que rige el contrato⁹⁷”. En líneas generales podemos afirmar que el Tribunal Supremo entiende que las cláusulas de “incorporación por referencia” serán válidas siempre y cuando se ajusten a la Ley que regula y el contrato.

⁹³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “El Convenio de Roma..., op. cit., pp. 77-78; ID., El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable..., op. cit., pp. 164-171; ID., Contratos Internacionales (I): competencia judicial..., op. cit. pp. 557-559; de igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable..., op. cit., p. 73. De igual forma GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales..., op. cit., p. 8.

⁹⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Contrato internacional, nueva *Lex Mercatoria* y principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1546-1549; en relación con el estudio de la *Lex Mercatoria* debemos remitirnos al Capítulo III, en todo caso para una análisis sobre el tema Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., *Derecho Mercantil...*, op. cit. pp. 767 en concreto para comparar con el resto de autores vid. especialmente la nota al pie 206. Del mismo modo CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable..., op. cit., p. 74.

⁹⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1980 (RJ 1980/2726 R), pp. 2152-2154.

⁹⁶ VIRGOS SORIANO, M., “Obligaciones....”, op. cit., pp. 148-149.

⁹⁷ Para un análisis mayor de la autonomía conflictual Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “Autonomía conflictual y contratos internacionales: algunas reflexiones” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., AREAL LUDENA, Santiago., (Coords), *Cuestiones actuales de Derecho mercantil internacional*, 2005, pp. 105-150; ID., El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable..., op. cit., p. 76: “los contenidos que se incluyen en un contrato a través de una <<cláusula de incorporación por referencia>> quedan petrificados porque sólo son manifestación de la autonomía material de los contratantes; de tal forma que un cambio en la legislación incorporada por referencia en un contrato internacional no va a afectar en absoluto al contrato”. Del mismo modo: MARRELLA, F., “Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento <<Roma I>>”, en FRANZINA, P., (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento <<Roma I>>-Atti della giornata di studi- Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 28-40, Vid en concreto la p. 36.

Son consideradas por lo tanto meros pactos privados entre las partes⁹⁸. Sin embargo, los supuestos anteriores pueden complicarse en la práctica concreta cuando sea complicado distinguir entre “una cláusula de incorporación por referencia” y el derecho aplicable que debe regir el contrato. La doctrina entiende que como el Reglamento Roma I exige una designación clara de la Ley aplicable, en caso de duda deberá entenderse que nos encontramos ante una “cláusula de incorporación por referencia⁹⁹”.

En tercer lugar, debemos dejar constancia de que las partes sí pueden elegir como Ley reguladora de su contrato el Derecho correspondiente a una “unidad territorial concreta” aunque no nos encontremos ante un Estado según las normas de Derecho Internacional Público; lo verdaderamente importante es que dicha “unidad territorial” tenga sus propias normas en materia contractual. La posibilidad anterior está permitida por el artículo 22 apartado primero del Reglamento Roma I el cual indica que: “cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento¹⁰⁰”.

En cuarto lugar debemos entender que la Ley elegida por las partes regulará todo el contenido del contrato, debiéndose tener en cuenta los convenios o textos internacionales que estén en vigor para el concreto Estado de que se trate, siempre y cuando se den en el supuesto concreto (en nuestro caso el contrato de cesión de créditos) los ámbitos de aplicación de los correspondientes Convenios o textos internacionales¹⁰¹.

⁹⁸ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable..., op. cit., p. 76. Entre las sentencias más destacables Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1992 (RJ 1992/3036) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1997 (RJ 1997/1638) entre otras.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 77.

¹⁰⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 606. Lo anterior está relacionado con la “remisión a ordenamientos plurilegislativos ad extra”. Vid en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. I, op. cit. pp. 311-314. Como afirman los citados autores nos encontramos con una “remisión a un sistema plurilegislativo ad extra cuando la norma de conflicto española remite, para la regulación de una situación privada internacional, al ordenamiento jurídico de un Estado en cuyo seno coexisten a su vez distintos sistemas jurídicos (*Estados plurilegislativos*), surge la necesidad de determinar cuál de dichos sistemas jurídicos debe regir la situación privada internacional”. En el caso español nos encontramos ante un “Estado de base territorial” es decir, cada territorio o cada comunidad tiene su propio derecho. Se aplicaría el artículo 12.5 del Código Civil español el cual remite a la legislación de ese concreto territorio, es decir ese Derecho Interregional.

¹⁰¹ *Ibidem*

Como explicábamos anteriormente las partes deberán elegir una Ley, dicha Ley deberá pertenecer a un Estado, pero además se necesita que la Ley estatal esté “vigente” y que por ello pertenezca a un Estado que exista realmente, con independencia de que el Estado cuya Ley fue elegida por las partes sea un Estado no reconocido por la Comunidad Internacional o incluso que dicho Estado no estuviera reconocido por el tribunal que esté conociendo del asunto¹⁰².

Como llevamos indicando a lo largo de este apartado, la elección de las partes debe realizarse a favor de una concreta Ley estatal, no tendrán cabida dentro de la regulación del artículo 3 apartado primero los siguientes supuestos¹⁰³:

La primera opción no permitida por el Reglamento Roma I es el supuesto en el que las partes realizan un contrato “sin Ley” o “contrato autorregulado”, son contratos “con un articulado muy preciso y extenso que intenta ser <<autosuficiente>>”, redactado con la intención de sustraer el contrato a toda Ley estatal¹⁰⁴”. Lo lógico es entender que la autonomía de la voluntad siempre debe respetar lo determinado por la Ley; sin embargo, en este momento se plantea una cuestión problemática puesto que es la propia ley designada por las partes en el contrato la que debe dotar de validez a la autonomía de la

¹⁰² *Ibidem*, p. 607. En ocasiones puede suceder que las partes eligieran como aplicable a su contrato la Ley de un Estado existente en el momento en el que las partes han hecho uso de derecho de elección pero que sin embargo no existe en el momento en que se produce el litigio ante unos concretos tribunales, en este supuesto será aplicable la Ley del Estado que ha sucedido al Estado inexistente sobre la base de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Público del vigente Estado.

¹⁰³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. pp. 607-612; del mismo modo CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., *El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...*, op. cit., pp. 82-91.

¹⁰⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 607. De vital importancia en este ámbito son: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 13 de febrero de 2006 (AS 2006/859), en donde se indica que no son válidas las opciones en las cuales las partes no someten el contrato a una Ley estatal. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de julio de 2005 (AS 2005/2905) da un paso más allá al entender que siempre habrá que concretar en la relación contractual la Ley sustantiva que deberá regir todo el contrato. Como afirma la profesora CASTELLANOS, Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., *El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...*, op. cit., p. 82: los seguidores de esta posibilidad son “la doctrina subjetivista de la autonomía de las partes”. Vid entre otros: VIRGÓS SORIANO, M., “Obligaciones contractuales”, en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *et alii*, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed., rev., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 217 y ss; el citado autor indica que el principio de la autonomía de la voluntad del artículo 3 apartado primero del Reglamento Roma I sólo “puede apreciarse en su sentido positivo, es decir, designar un derecho aplicable y no en un sentido negativo, es decir, excluir cualquier Derecho regulador del contrato”. Para un análisis en mayor profundidad en relación con los contratos sin ley Vid. HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, A., “Los contratos internacionales de construcción <<llave en mano>>”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., (Dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1766-1733. CARBONE, S.M., “Il <<contratto senza legge>> e la convenzione di Roma de 1980”, *RDIPP*, 1983, vol. XIX, pp. 279-287.

voluntad, luego la posible validez o no de la ley vendrá determinada por la voluntad de las partes¹⁰⁵.

La segunda posibilidad no admitida por el Reglamento Roma I es el “contrato sometido a referencias jurídicas vagas”. En este caso, la doctrina más autorizada está haciendo referencia al contrato sujeto exclusivamente a la “Nueva *Lex Mercatoria*”, a los “Principios Generales del Derecho”, la “buena fe”¹⁰⁶... Debemos tener presente que en un primer momento la Propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas para la elaboración del Reglamento Roma tenían intención de admitir que los contratantes pudieran elegir como Ley aplicable a su contrato tanto una Ley estatal como “los principios y normas de Derecho material de los contratos reconocidos a escala internacional o comunitaria”¹⁰⁷. Finalmente dicha opción se entendió como no posible en la elaboración del texto final y por ende las partes a la hora de determinar el derecho aplicable a su contrato sólo podrán elegir una Ley estatal¹⁰⁸.

¹⁰⁵ CASTELLANOS, Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable..., op. cit., p. 83. La profesora CASTELLANOS lo denomina bajo el término “esquizofrenia jurídica”. Para un estudio en profundidad del tema Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme del transporte internacional*, Granada, Comares, 1999, 207 p.

¹⁰⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 608.

¹⁰⁷ Doc COM (2005) 650 final de 15 de diciembre de 2005. Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable..., op. cit., p. 84.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 84-91. En este punto damos por reproducidas todas las consideraciones desarrolladas en el capítulo anterior en relación con la teoría de la *Lex Mercatoria*, INCOTERMS, PRINCIPIOS UNIDROIT Y PECL. En líneas generales podemos afirmar que los citados principios pueden tener cabida dentro del Considerando 13 del Reglamento Roma I donde se indica que la elección por las partes de una específica norma estatal no es una simple “incorporación por referencia”, luego esta elección por sí sola no tendrá validez, deberá existir siempre un “sistema subsidiario que complemente las lagunas y regule las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación de los Principios UNIDROIT”. El Reglamento Roma I excluye la posibilidad de la *Lex Mercatoria* por entenderlo como una normativa demasiado general y poco precisa. En relación con los INCOTERMS Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011, *Electrosteel*, as. C-87/10 donde se indica en los fundamentos jurídicos 20 y 21 que los INCOTERMS son simples usos mercantiles y que se incorporan al contrato no como Ley sino como “meras cláusulas del contrato con el valor de pactos materiales acordados por las partes”, además en el fundamento jurídico 22 se indica que: “ (...) El órgano jurisdiccional nacional deberá tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes en dicho contrato, incluidos, en su caso, los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms...”. Vid. Los siguientes documentos ya mencionados anteriormente: Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (COM/2002/654 final) en concreto vid. pp. 8 y 17; del mismo modo Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) de 15 de diciembre de 2005 (COM/2005/650 final) en concreto vid. pp. 3 y ss; en último lugar podemos mencionar el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE C318 de 23 de diciembre de 2006), pp. 4 y ss.

En tercer lugar debemos mencionar que las partes no podrán elegir como Ley reguladora de su contrato las normas de Derecho Internacional Público, ya que dicho Derecho sólo regula situaciones entre sujetos que actúan con potestad de *Iure imperii*, es decir, regula las relaciones entre particulares y un concreto Estado o entre Estados y por lo tanto entes dotados de soberanía. En último lugar debemos tener en consideración que el Derecho Internacional Público no tiene normas que regulen cuestiones relacionadas con los contratos internacionales¹⁰⁹.

En cuarto lugar en el ámbito contractual las partes deben tener presente que su contrato nunca podrá ser regulado con carácter exclusivo por un Convenio Internacional. Lo anterior se desprende de la lectura del Considerando 13 del Reglamento Roma I el cual indica que las partes pueden incorporar a su contrato la aplicación de un Convenio Internacional (a pesar de que no fuera aplicable al caso en concreto) a través de una “cláusula de incorporación por referencia”. Dicha cláusula por sí sola no será válida como elección de Ley aplicable. En la mayoría de las ocasiones las partes suelen prever como cláusula de “incorporación por referencia” que se aplique al contrato la Convención de las Naciones Unidas de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, es decir la Convención de Viena¹¹⁰. En este punto se nos presenta el siguiente problema: las partes en virtud del ejercicio de su autonomía de la voluntad hacen como aplicable a un determinado contrato una Ley, en nuestro caso la Convención de Viena, a pesar de que no se cumplan sus ámbitos de aplicación, luego llegados a este punto debemos realizarnos el siguiente planteamiento: ¿Podrá la Convención de Viena regular un contrato internacional en virtud de la autonomía de la voluntad contractual a pesar de que no se cumpla el ámbito de aplicación material o incluso en los supuestos en los que no se cumplan el resto de ámbitos de aplicación? La doctrina más cualificada entiende que en estos casos sí podrán utilizarse las normas de la Convención de Viena (a pesar de que no se cumplan los ámbitos de aplicación) a un contrato de compraventa internacional siempre y cuando

¹⁰⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 608.

¹¹⁰ *Ibidem*, de igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable..., op. cit., p. 89.

sirvan “para integrar la normativa aplicable” teniendo en cuenta siempre el momento o la “realidad social a la que se aplica”¹¹¹.

La quinta opción no permitida por el Reglamento es que las partes sometan su contrato (en nuestro caso de cesión de créditos) a “normas no estatales”. En este caso tienen cabida los supuestos en los que las partes eligen como aplicable a su contrato “ordenamientos jurídicos de tipo religioso”. Un ejemplo de lo anterior sería la “*Shari’a* Musulmana o el Derecho Hebreo”. Se entiende que por sí solas no podrán regular el contrato, sólo podrán admitirse los supuestos en los que se incorporen al contrato como “una cláusula de estilo” o como un “modo de redacción del contrato” y por ello como un complemento de la Ley que regula el contrato pero nunca como un sustituto¹¹².

En sexto lugar tampoco se podrá admitir el contrato sujeto a “cláusulas de estabilización” es decir, el supuesto en el que las partes deciden que su contrato se regule por la Ley de un Estado vigente en un determinado momento y que se “congele” en ese determinado momento, es decir cuando las partes prevean que su contrato se va a regular por una determinada Ley y que no se apliquen los cambios legislativos. Estamos haciendo referencia a los “contratos de Estado” en los que la parte “congela” la legislación o la “petrifica” en un momento concreto para evitar que el “Estado contratante altere su legislación para obtener una ventaja contractual”. En estos supuestos podemos afirmar que es una opción no permitida por el Reglamento Roma I puesto que nos encontramos ante un “contrato sin Ley”¹¹³.

La séptima posibilidad no permitida por el Reglamento es aquella en la que las partes deciden someter el contrato a una Ley estatal “no vigente” o a una Ley de un “Estado inexistente”¹¹⁴.

La octava opción no permitida por el artículo 20 del Reglamento Roma I es que las partes elijan como aplicable a su contrato la Ley de un país con “inclusión de sus

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 90-91. Un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006/8405), en ella el tribunal indica que el artículo 1124 del C.c. debe interpretarse “siguiendo el mandato del momento en el que se aplica”.

¹¹² Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 610.

¹¹³ *Ibidem*

¹¹⁴ *Ibidem*

normas de conflicto”. Dicho reenvío no podrá admitirse y por ello dicha elección se entenderá realizada “a favor de las normas materiales de la Ley elegida¹¹⁵”.

Tampoco tienen cabida de cara al ejercicio de la autonomía de la voluntad las cláusulas de “*exclusio juris*” es decir, los supuestos en los que las partes indican que una determinada Ley no será aplicada al contrato pero no eligen ninguna otra. Se entiende que el Considerando 11 del Reglamento Roma I establece la posibilidad de elección de Ley en sentido positivo, es decir se puede excluir la Ley de un concreto Estado siempre y cuando se elija como aplicable al contrato otra Ley. Se entiende que la cláusula de exclusión de Ley puede vulnerar los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I puesto que en el primer supuesto, en defecto de elección de Ley por parte de los contratantes (art. 3 Roma I) el juez deberá aplicar al contrato la Ley determinada a través del siguiente punto de conexión (art. 4) y en este supuesto no se admitirán “las injerencias de los contratantes” y por lo tanto el juez deberá seguir de forma tajante los mecanismos aportados por los puntos de conexión del artículo 4¹¹⁶.

La undécima y última opción no permitida por las partes es aquella elección de ley que suponga una interpretación por parte del órgano jurisdiccional por carecer de sentido lógico. Las cláusulas de elección de Ley deben ser claras, por lo tanto no cabe interpretaciones judiciales y en caso de duda se deberá pasar al siguiente punto de conexión¹¹⁷.

c) Requisitos relacionados con la capacidad, fondo y forma del contrato

Una vez analizados los requisitos primero (elección de una Ley de forma clara) y segundo (Ley estatal) dentro de las condiciones de validez, debemos analizar el tercer requisito, es decir las condiciones que debe reunir el pacto de elección de Ley para que este sea válido. En primer lugar hay que tener en cuenta que el pacto de elección de Ley realizado por las partes es un negocio jurídico diferente e independiente del contrato. En decir, las partes pueden haber realizado un contrato de cesión de créditos y a la par pueden haber realizado un pacto de elección de Ley; el contrato puede ser nulo y sin

¹¹⁵ *Ibidem*

¹¹⁶ *Ibidem*

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 612.

embargo el pacto de elección de Ley puede ser perfectamente válido y al revés. Pero el Reglamento Roma I no admite cualquier pacto de elección de Ley, sino que debe cumplir unos requisitos: en primer lugar se requiere que el pacto de elección de Ley sea “válido”, en segundo lugar se entiende que el pacto de elección de Ley debe cumplir “unas condiciones”, son unas condiciones tasadas o “*numerus clausus*” reguladas en el artículo 3 del Reglamento Roma I. Las condiciones son las siguientes¹¹⁸:

Las primeras condiciones que deberán respetar las partes en su elección de Ley son condiciones de “fondo”. Estamos haciendo referencia en primer lugar a los requisitos establecidos en el artículo 3 en su apartado primero, el cual indica que la elección de Ley por las partes puede realizarse de forma expresa o de forma tácita, dicha elección podrá designar la Ley aplicable a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. El segundo requisito de fondo implica que la Ley aplicable al contrato debe ser elegida por las partes y no por un tercero. Sin embargo, se puede admitir la opción de que las partes puedan delegar en un tercero la elección de la ley aplicable en determinados contratos como puede suceder en los casos de contratos de agencia, de representación, de comisión mercantil, contratos de trabajo... En relación con nuestro objeto de estudio podría tener cabida dentro de los supuestos de contrato de *factoring* internacional. En todo caso si de los citados contratos surgiera una controversia y conocieran del caso nuestro tribunales estos aplicarían para resolver el litigio nuestras normas de Derecho Internacional Privado en la materia, es decir se aplicaría la Ley fijada por el artículo 10.11 C.c.¹¹⁹.

En segundo lugar el Reglamento Roma I establece que el pacto de elección de Ley deberá cumplir unas condiciones de existencia y validez en relación con el consentimiento. Las partes a la hora de realizar un pacto en relación con la Ley aplicable a un determinado supuesto deben tener en cuenta que las cuestiones

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 613.

¹¹⁹ *Ibidem*. Compartimos la opinión de este sector doctrinal al entender que el Reglamento Roma I no puede aplicarse para resolver cuestiones relacionadas con el arbitraje. En el caso en el que las partes decidieran someter el asunto a un arbitraje privado internacional estas podrán dar a los árbitros cualquier tipo de instrucciones, incluso podrán pedir a los árbitros o al tercero que establezcan la Ley aplicable al supuesto. Lo anterior debemos diferenciarlo del supuesto en el que sí se aplique el Reglamento Roma I, en estos supuestos se entenderá que la ley debe ser “elegida por las partes” luego sólo ellas podrán hacer la elección y no tendrá esa facultad un mediador o un tercero. Si el juez que conociera del asunto tuviera dudas en relación con la Ley aplicable no tendría más opción que descartar la autonomía de la voluntad y analizar el siguiente punto de conexión.

relacionadas con los vicios del consentimiento (dolo, error, violencia, intimidación...) no serán reguladas por el artículo 3.1 del Reglamento Roma I sino que serán reguladas por la “presuntamente elegidas por las partes”, así se desprende de la lectura del artículo 3 apartado 5 del Reglamento¹²⁰.

La tercera condición que debe cumplir el pacto de elección de Ley son condiciones de forma. La forma del pacto de elección de Ley debe ajustarse a los requisitos establecidos por el artículo 11 del Reglamento Roma I, es decir, si el contrato se celebra entre partes situadas en el mismo país, el contrato deberá ajustarse a los requisitos de forma fijados de conformidad con “la ley que lo rija en cuanto al fondo” o de conformidad con la “Ley del país donde se haya celebrado” el contrato. En el supuesto de contratos celebrados entre personas que se encuentren en distintos países o contratos celebrados por medio de representantes, el contrato será válido en el momento de celebrarse o de realizarse si reúne las condiciones de forma de la Ley que regula el fondo o de la Ley de cualquiera de los países en los que se encuentren las partes o sus representantes en el momento de celebración del acuerdo, o de la “ley del país en el que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento”¹²¹. Sin embargo, una vez analizados los requisitos del artículo 11 del Reglamento Roma I debemos tener en cuenta que los citados requisitos no deben ser incompatibles con los contenidos en el artículo 3, en todo caso el artículo 11 puede “añadir” más requisitos a los fijados por el Reglamento Roma I en su artículo 3¹²².

¹²⁰ *Ibidem*. Como afirman estos autores lo lógico es aplicar la misma solución para los supuestos en los que los operadores del comercio internacional realizan un pacto de elección de Ley contenida dentro de unas “condiciones generales de la contratación”. Siempre deberá expresarse en el contrato de forma evidente que se remiten a las condiciones generales de la contratación. En caso de disputa entre las partes derivado del hecho de que una de ellas alegue que no ha dado su consentimiento en relación a la propia existencia de las “condiciones generales de la contratación” en la que se contiene ese “pacto de elección de Ley”, deberemos aplicar la Ley “presuntamente” elegida por las partes o la ley “hipotéticamente” elegida por las partes para determinar si hubo consentimiento entre las partes o no. Los autores mencionados anteriormente llegan a la misma conclusión en el supuesto en el que exista entre las partes una “batalla de formularios”, es decir “cuando las partes cruzan formularios o propuestas y contrapropuestas de contrato y se discute si ha habido consentimiento entre ambas partes en relación con la elección de una Ley aplicable concreta”.

¹²¹ Vid. Artículo 11 Reglamento Roma I DOCE L 177/6 de 4 de julio de 2008, pp. 8-9.

¹²² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 614. En ocasiones la Ley de un concreto Estado exige como requisito adicional en cuanto a la forma del pacto de elección de Ley que este se realice en un determinado idioma, pero nunca podrá exigir que la elección de Ley se realice de forma distinta a la establecida por el artículo 3 del citado instrumento internacional.

El cuarto y último requisito en cuanto a las cuestiones de validez del pacto de elección de Ley viene determinadas por las condiciones de capacidad de las partes. Las cuestiones de capacidad se establecen de conformidad con la aplicación de las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto. En el supuesto de que estuvieran conociendo del caso los tribunales españoles se aplicaría el artículo 9.1 del C.c. que remite a la Ley nacional de cada parte. Lo anterior tiene un supuesto excepcional recogido en el artículo 13 del Reglamento, es lo que la doctrina más cualificada define como “doctrina del interés nacional”, se entiende que en el supuesto de contratos celebrados entre personas físicas que se encuentren en un mismo país y tienen capacidad para celebrar contratos en relación con la aplicación de las leyes de ese país, sólo podrán invocar su incapacidad en relación con la Ley de otro país para celebrar un pacto de elección de Ley referido a un contrato si, en el momento de celebración del contrato la otra parte “hubiera conocido su incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte”¹²³.

En cuarto lugar las partes deben tener en cuenta de cara a la elección de la Ley, que dicha Ley también va a regular la “existencia y validez del contrato”; así se desprende de la lectura del artículo 10 del Reglamento Roma I. El contrato será inválido y por ello nulo cuando las partes hayan elegido una Ley estatal que anule el contrato y lo haga inválido¹²⁴. Lo anterior debe tenerse presente en el supuesto en el que las partes realizan dos pactos de elección de Ley para que el contrato sea regulado por dos leyes diferentes. Como hemos indicado anteriormente, las partes en el uso de su autonomía de la voluntad deberán respetar las consideraciones realizadas por el artículo 3 del Reglamento Roma I y este artículo exige que las partes deban elegir la Ley aplicable al contrato de forma global, así pues pueden elegir una sola Ley. Luego cuando las partes realizan dos pactos de elección de Ley y ambas leyes son perfectamente válidas para regular el contrato, se entenderá que una Ley anula a la otra y que el pacto de elección no es válido de conformidad con el artículo 3 del Reglamento Roma I, en ese caso el

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Otra opción sería entender como nula simplemente el pacto de elección de Ley y admitir la validez del contrato. Se entendería en estos casos la cláusula de elección de Ley simplemente como una “incorporación por referencia”. Sin embargo debemos compartir la posición de los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, la opción anterior no es posible; el contrato será nulo si las partes han elegido una Ley que lo invalide o lo hace nulo. Puesto que como afirma los citados autores “los contratantes son responsables de la Ley que eligen y por otra parte, la nulidad o invalidez de los contratos salvaguarda también los intereses de las partes, de los terceros e incluso, en ocasiones, los intereses de las sociedad y del Estado”.

juez que conozca del asunto deberá entender que las partes no han hecho uso de su derecho de elección del Ley¹²⁵.

d) Situaciones que impliquen un conflicto de Leyes

La cuarta y última condición de validez del pacto de elección de Ley viene determinada por el artículo 1.1 del Reglamento Roma I. El Reglamento sólo será aplicable a las cuestiones que impliquen un “conflicto de Leyes”. Por ello para que el Reglamento Roma I se aplique a un supuesto de cesión de créditos será necesario que la situación sea internacional, debe existir como mínimo “un elemento extranjero”. En este ámbito se plantea el problema de determinar si pueden ser regulados por el Reglamento Roma I aquellos supuestos “internos” es decir, aquellos supuestos en los que el contrato no presenta ningún elemento extranjero “objetivo” y sin embargo las partes al hacer uso de su derecho de autonomía de la voluntad eligen que el contrato se rija por una Ley de otro país. En definitiva, las partes internacionalizan una situación meramente interna a través del pacto de elección de ley y por lo tanto ya nos encontramos ante un “conflicto de leyes”. La doctrina más autorizada entiende que en estos casos el Reglamento sí es aplicable puesto que ya existe un elemento extranjero: la Ley aplicable, sin embargo mayores problemas se plantearán a la hora de determinar si las partes pueden elegir como aplicable a un supuesto meramente interno un Derecho extranjero. Lo anterior se regulará por las disposiciones contenidas en los artículos 3.3 y 3.4 del Reglamento Roma I. Luego en estos casos el Reglamento sí resulta aplicable pero con “efectos limitados o recortados”¹²⁶.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 614-615. La única forma de admisión del doble pacto de elección de Ley sería el supuesto en el que una de las Leyes resultara inválida, entonces el contrato sí podría ser regulado por la otra Ley. En líneas posteriores cuando analicemos las posibilidades de las partes deberemos tener en cuenta que puede admitirse un fraccionamiento legal del contrato, es decir que las partes designen la Ley aplicable a la totalidad del contrato o solo a una parte.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 615-616. Del mismo modo Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 98. El artículo 3.3 indica que: “cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá al aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”. Vid. DOUE L 177/6 del 4 de julio de 2008, p. 5. El artículo anterior se realizó a semejanza del artículo 3.3 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales el cuál indicaba que: “la elección de las partes de una ley extranjera acompañada o no de la de un Tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo disposiciones imperativas”. Vid. DO L 266 de 9 de octubre de 1980. El artículo 3.4 del Reglamento Roma I indica que “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de la ley

Una vez que hemos dejado claro que el Reglamento sí es aplicable debemos diferenciar dos supuestos: En primer lugar, podemos encontrarnos con un contrato “interno” pero internacionalizado por las partes al elegir que sea regulado por una ley extranjera. En definitiva nos encontramos con un contrato vinculado “objetivamente” con un solo Estado y en segundo lugar podemos encontrarnos con un contrato “objetivamente” vinculado con la Unión Europea y sin embargo las partes han realizado una elección de una ley extranjera¹²⁷.

En relación con la primera posibilidad, es decir un contrato “interno”, como hemos adelantado las páginas precedentes, el Reglamento Roma I será aplicable al supuesto pero con unas “limitaciones”, ya que el artículo 3.3 del Reglamento indica que la elección de Ley extranjera realizada por las partes deberá respetarse, siendo necesario que se aplique al contrato además de la ley elegidas las disposiciones de ese otro país que no pudieran excluirse mediante el acuerdo de las mismas. En este caso el Reglamento se está refiriendo a las disposiciones imperativas, aquellas cuya aplicación no puede excluirse por voluntad de las partes¹²⁸. Lo anterior debe ser puesto en relación con el Considerando 37 donde se indica que las “disposiciones imperativas” no podrán confundirse con el concepto de “leyes de policía” contenido en el artículo 9 del Reglamento Roma I, las “leyes de policía” son interpretadas de forma más “restrictiva”, como afirma un sector doctrinal. Con el término “disposiciones imperativas” estamos haciendo referencia a aquellas disposiciones que no puedan excluirse *inter partes*, es decir “aquellas normas del ordenamiento jurídico donde están localizados todos los elementos objetivos del contrato, pues solo el Derecho elegido como rector del contrato pertenece a otro Estado distinto”. Como afirma este sector doctrinal “no se trata más que una manifestación de la autonomía material de las partes que no supone que el derecho elegido no se vaya a aplicar al contrato, sino que simplemente se aplicarán

que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

¹²⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. pp. 616-618; ID., *Contratos Internacionales (I): competencia judicial...*, op. cit. pp. 566-568; El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable..., op. cit., pp. 160-162; de la misma forma Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., pp. 98-107.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 616 y p. 99 respectivamente. Para un estudio en mayor profundidad de las disposiciones imperativas Vid. LAGARDE, P., “Le nouveau droit international privé des contrats...”, op. cit., pp. 287-340.

aquellas disposiciones de la Ley elegida por las partes que no contraríen las normas imperativas del ordenamiento jurídico donde está localizado todo el contrato, salvo el Derecho elegido¹²⁹”.

En este momento se observa la relación existente entre el artículo 3.3 del Reglamento Roma I y el artículo 3.3 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En el Reglamento ya no se introduce la referencia expresa: “la elección de Ley extranjera puede ir acompañada o no de la elección de un Tribunal extranjero”. Los dos instrumentos regulan el mismo supuesto, sin embargo el artículo 3.3 del Convenio de Roma también hacía referencia a los tribunales competentes, pero dicha referencia expresa no tenía razón de ser, el solo hecho de que en un supuesto internacional las partes realicen un pacto de elección de Ley a favor de un determinado ordenamiento no implica que también hayan decidido someterse a los tribunales del Estado cuya legislación es aplicable¹³⁰.

El apartado 3 del artículo 3 tiene como finalidad “evitar el fraude”, trata de impedir que las partes vinculen el contrato con un país de forma “artificial” para evitar la aplicación de una Ley objetivamente vinculada con el contrato y por lo tanto para evadir

¹²⁹ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., pp. 99-100.

¹³⁰ Nuestra jurisprudencia con enorme desacierto mezclaba los conceptos de elección de tribunal competente con elección de ley aplicable a un supuesto internacional, a pesar de la claridad de la redacción del artículo 3 del Convenio de Roma. Podemos entender que al ser algo que se “sobreentiende” es lógica y acertada su supresión por el Reglamento Roma I. Un ejemplo del error judicial lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 21 de septiembre de 2006 (AS 2006/3051) En donde el tribunal aplica el artículo 3.3 del Convenio de Roma derivado del hecho de que existiera una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales americanos. El tribunal mezcla la competencia de los artículos 21 y 25 de la LOPJ (puesto que existe una sumisión a tribunales fuera del territorio 44) con la ley aplicable contenida en el artículo 3.3 del Convenio de Roma. Luego en cierta medida debemos agradecer la simplicidad del artículo 3 del Reglamento Roma I. El Considerando 15 del Reglamento Roma I indica que la supresión se debe a la finalidad de intentar “ajustar” el contenido del artículo 3.3 del Reglamento Roma I al contenido al contenido del artículo 14 del Reglamento conocido como Roma II, es decir Reglamento núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Donde se indica que: “Cuando, en el momento de elegir la ley, todos los demás elementos relevantes de la situación se encuentren localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de la ley no debe impedir la aplicación de las disposiciones de la ley de ese país que no puedan excluirse mediante acuerdo. Esta norma debe aplicarse independientemente de que la elección de la ley vaya acompañada de la elección de un órgano jurisdiccional. Si bien no se pretende realizar cambios sustanciales con respecto al artículo 3, apartado 3, del Convenio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales...”. Con acierto en esta materia Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 16 de noviembre de 2004 (AS 2004/3611), el Tribunal indica que la elección por las partes de una Ley es una cuestión totalmente distinta de la elección de un tribunal: la “Ley aplicable a las obligaciones contractuales es una cuestión distinta y posterior al problema de decidir qué jurisdicción nacional es competente para conocer del asunto (forum)”.

aplicar la ley del país donde el contrato debe surtir efectos. Se entiende en estos casos que la elección de Ley será válida pero respetándose siempre las normas disposiciones imperativas de la Ley del Estado con el que el contrato presenta los vínculos. El artículo 3.3 “sintoniza con la economía globalizada actual (...) permite que los contratos objetivamente internos se regulen por Leyes extranjeras si los contratantes estiman que ello les resulta más útil. Ello permite estandarizar el régimen jurídico de los contratos que celebra una empresa, ya sean contratos objetivamente internos u objetivamente internacionales¹³¹”. Al favorecer la autonomía de la voluntad de las partes contratantes se producirá un aumento de las transacciones comerciales debido al aumento de la agilidad de las mismas. Debido a la uniformidad, las partes de antemano podrán saber los tribunales competentes y la legislación aplicable. Todo culminará con un sistema ágil y veloz de reconocimiento de las resoluciones judiciales.

El segundo supuesto a destacar son aquellos contratos objetivamente vinculados con la Unión Europea y sin embargo las partes han realizado un pacto de elección de Ley a favor de un tribunal de un tercer Estado. Es lo se conoce como “contratos intracomunitarios” con pacto de elección de Ley a favor de terceros Estados. Para estos casos el artículo 3.4 del Reglamento Roma I indica que la elección realizada por las partes a favor de la ley de un tercer Estado será válida y por ello podrá regir el contrato siempre y cuando se respete un “límite” o condición: se aplicará “sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”. Lo que viene a indicar la citada disposición es que la Ley elegida por las partes no podrá impedir la aplicación de las “disposiciones de Derecho de la Unión Europea que sean imperativas” y que deban aplicarse a esa concreta relación jurídica o contrato del mismo que las normas del foro¹³².

¹³¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 616; ID., *Contratos Internacionales (I): competencia judicial...*, op. cit. p. 568; ID., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...*, op. cit., pp. 160-162.

¹³² Lo anterior se deduce del Considerando 15. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p.617; ID., *Contratos Internacionales (I): competencia judicial...*, op. cit. pp.568-570; ID., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...*, op. cit., pp. 162-164. Así como CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 104. La citada autora define a los contratos que cumplen estas características como “contratos domésticos”. Del mismo modo RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op.cit., pp. 183-186, la citada autora desarrolla el artículo 3.3 y el artículo 3.4 dentro del concepto “limitaciones a la autonomía de la voluntad”; en relación con el artículo 3.3 entiende en estos casos: “El RRI evita que las partes puedan sustraerse a la aplicación de la Ley del foro, la ley del

La finalidad del artículo 3 en su apartado 4 es evitar el “fraude”¹³³; se entiende que si el contrato está vinculado con la Unión Europea lo lógico será que se aplique el derecho comunitario por ser el derecho más vinculado y por ende “se impide que las partes fabriquen una conexión artificial, aparente y no real, con un tercer Estado y eviten la aplicación del Derecho de la UE Comunitario a una situación enteramente vinculada con la UE”¹³⁴. Sin embargo, compartimos la opinión de un importante sector doctrinal al entender que “este límite impuesto a los contratos comunitarios no tiene base jurídica”¹³⁵: En primer lugar, hay que tener en cuenta que no existe una gran diferencia entre las normas imperativas que son aplicables a los contratos comunitarios de las normas imperativas de la comunidad europea que se aplican a los casos puramente internacionales y por lo tanto no comunitarios. En segundo lugar hay que tener presente que tanto las Directivas como los Reglamentos comunitarios siempre tendrán aplicación preferente a la voluntad de los contratantes, lo anterior se deduce de la lectura del artículo 23 del Reglamento Roma I¹³⁶. Para entender la finalidad de la norma debemos diferenciar si nos encontramos ante una Directiva comunitaria o un Reglamento. Para el supuesto en el que nos encontremos ante una Directiva Comunitaria debemos pensar que los Estados a la hora de aplicar la normativa necesitan un elemento de transposición al concreto ordenamiento de que se trate y por ende la transposición puede variar de un Estado a otro. Para estos supuestos el artículo 3.4 *in fine* establece que el Derecho comunitario se aplicará de la manera que establezca el Estado del foro. Algunos autores han criticado el recurso que hace la Directiva en favor

país con el que el contrato presenta todos los vínculos-salvo el Derecho rector del mismo-. Por eso, para evitar que las partes escapen del Derecho que, de forma natural, corresponde aplicar, el Reglamento Roma I exige que sea aplicable, junto al ordenamiento jurídico escogido, las disposiciones imperativas del foro”. Como afirma la profesora RODRIGUEZ RODRIGO en el supuesto que existiera alguna contradicción entre las normas elegidas por las partes y las normas imperativas pertenecientes al tribunal del foro, tendrán prevalencia estas últimas ya que son imperativas. En el caso de que ambas disposiciones tengan carácter imperativo deberán “prevalecer las del foro puesto que son las que el legislador comunitario quiere ver aplicadas al caso para evitar posibles fraudes de ley”.

¹³³ LAGARDE, P., “Le nouveau droit international privé des contrats...”, op. cit., pp. 287-340.

¹³⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p.617. ID., *Contratos Internacionales (I): competencia judicial...*, op. cit. pp. 568-570.

¹³⁵ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 104.

¹³⁶ La preferencia de las Directivas Comunitarias y de los Reglamentos no se deduce del artículo 3.4 del Reglamento Roma I sino de la lectura del artículo 23, donde se dispone que: “Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales”.

de la *Lex Fori*¹³⁷ al entender que las partes, hacen aplicable al contrato la Ley de un país no vinculado con el supuesto y por ello, dicha opción podría favorecer el *forum shopping* fraudulento o el *bad forum shopping*. Debemos dejar constancia del desacuerdo de la opción anterior pues con independencia de la forma que adopten los elementos de transposición de una Directiva comunitaria en los diferentes Estados de la Unión Europea, el contenido siempre será el mismo y por eso las normas siempre estarán ajustadas al Derecho comunitario. Así pues, el *bad forum shopping* no sería una de las opciones de las partes, otra cuestión es aquella que entiende que no le está siendo aplicado al supuesto concreto la Ley más vinculada. No obstante lo anterior, debemos realizar una precisión más: en ocasiones la Ley con vínculos más estrechos no es la Ley más favorable para las partes, luego en el ámbito contractual internacional y en especial en el ámbito comunitario lo más lógico es favorecer la autonomía de la voluntad contractual y por lo tanto la previsibilidad de las soluciones para las partes en caso de litigio¹³⁸.

En el supuesto en el que nos encontráramos ante un contrato “objetivamente” vinculado con la Unión Europea y con disposiciones imperativas contenidas en un Reglamento Comunitario deberán aplicarse al contrato “las disposiciones” del citado instrumento internacional que “no puedan excluirse mediante acuerdo”, en este caso no se plantean los problemas de transposición puesto que el Reglamento es único para todos los Estados miembros. Las Directivas y Reglamentos comunitarios podrán aplicarse con independencia de que las diferentes partes del contrato estén localizadas en un mismo Estado comunitario o en diferentes Estados; lo que deberá ser tenido en cuenta con carácter prioritario es que se cumplan el ámbito de aplicación espacial de los citados instrumentos internacionales¹³⁹. El ámbito de aplicación espacial normalmente

¹³⁷ LAGARDE, P., “Le nouveau droit international privé des contrats...”, op. cit., pp. 287-340.

¹³⁸ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p.617. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., pp. 105-107. LAGARDE, P. Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable..., op. cit. pp. 331-349. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 9, el citado autor en relación con el Reglamento indica que: “Esta solución es la opción más sencilla, pero no deja de ser cuestionable. Por un lado, puede incentivar el *forum shopping*. Por otro lado, conduce al resultado paradójico de que, si las partes no hubiesen elegido la ley de un tercer Estado, se hubiese aplicado la ley designada por las normas de conflicto del Reglamento (arts. 4 y ss), pero al hacerlo, pese a no reconocérsele efecto positivo a dicha elección, sí se cambia la ley aplicable a favor de la *lex fori*”.

¹³⁹ *Ibidem*, del mismo modo Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales..., op. cit., p. 11.

vendrá determinado por la Directiva o por el Reglamento comunitario, el problema se plantea en la práctica cuando el articulado de la normativa internacional no dice de forma expresa cual es el ámbito de aplicación espacial; el problema anterior ha sido solucionado en la práctica por la vía jurisprudencial¹⁴⁰.

Como hemos mencionado anteriormente el legislador comunitario ha redactado el artículo 3.4 del Reglamento Roma I tras el análisis de la jurisprudencia comunitaria. Como afirma un importante sector doctrinal no será necesario que todos los “elementos pertinentes del contrato” se encuentren en la Unión Europea para que se puedan aplicar

¹⁴⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p.618. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 106. Como afirman los citados autores un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento y del Consejo, en cuyo artículo 3 se mencionan de forma expresa los ámbitos de aplicación. Desde el lado contrario podemos mencionar la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986 en relación con los contratos de agencia, la Directiva no establece de forma expresa su ámbito de aplicación espacial. Fue el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a través de la Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar vs. Eaton* as. C-381/98 donde se precisó el concepto de contrato de agencia: “se aplicará siempre que el agente comercial realice su actividad en un Estado miembro”. El TJCE finaliza la sentencia con el apartado 25 indicando que: “Por consiguiente, es forzoso reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico o comunitario que un empresario establecido en una país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. En efecto, la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato”. VID. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, J., “The Rome I Regulation: Much ado about nothing?”, *The European Legal Forum*, 2-2008, p.65. ID., “El Reglamento <<Roma I>> sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit. p. 9. De igual forma: RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales*, op. cit., p. 184. Compartimos la opinión de estos autores al entender que en el caso *Ingmar* se aplicó la Directiva de agencia al entender que el agente desarrollaba su actividad dentro de la comunidad europea, luego se cumplía con el ámbito de aplicación espacial de la norma y por lo tanto se debían aplicar las disposiciones imperativas. Para el supuesto de que sólo algunos elementos se encontraran dentro de la comunidad tendríamos que ir a la norma imperativa en cuestión para averiguar si quedaba cubierto dentro de sus ámbitos de aplicación. Por lo tanto lo relevante no es que todos los elementos importantes estén localizados en la Comunidad sino que se den los ámbitos de aplicación territorial exigidos por la norma imperativa. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., “The Green Paper on a Future Rome I Regulation – On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2004, núm. 103, pp. 131-189, esp. pp. 132-133. Los autores anteriores entienden que los legisladores comunitarios no establecen el derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales (es lo que denominan método bilateral) sino que establecen el ámbito de aplicación espacial de las normas comunitarias de Derecho Privado.

En el supuesto de un contrato vinculado con Dinamarca a pesar de que no se le aplique el Reglamento Roma I se considerará que es un Estado miembro de cara a aplicar las disposiciones imperativas comunitarias cuando las partes han hecho uso de su derecho de autonomía de la voluntad de cara a la elección de un concreto derecho aplicable. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales*, op. cit., p. 186 y de forma más concreta vid. nota al pie número 323. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. HEISS, H., “Party Autonomy”, en FERRARI, F., /LEIBLE, S., (eds.), *Rome I Regulation. The Law applicable to contractual obligations in Europe*, Munich, Selp, 2009, p. 5.

al supuesto concreto las normas imperativas comunitarias, sino que lo verdaderamente importante es analizar si la norma imperativa comunitaria resulta aplicable o no al caso “con independencia de dónde se encuentren el resto de elementos del contrato que no son los utilizados por la norma para declararse aplicable al supuesto de hecho¹⁴¹”.

iii) Posibilidades de las partes

Una vez explicadas las condiciones de validez para que el pacto de elección de ley sea válido debemos explicar las posibles opciones que tienen las partes a la hora de elegir la ley aplicable a su contrato. Las partes tienen diferentes posibilidades: En la primera opción tienen cabida tres hipótesis: podrán elegir una Ley que regule todo el contrato, otra opción es que las partes elijan una Ley que regule una parte de contrato “*dépeçage* parcial” y en último extremo tendrán la facultad de elegir varias leyes para regular diferentes partes del contrato “*dépeçage* completo”. La segunda posibilidad que tienen las partes es elegir como aplicable a su contrato una Ley que carezca de vinculación “objetiva” con el contrato y la tercera opción de las partes, será elegir la Ley que regulará el contrato en diferentes momentos: antes de la celebración del mismo, en el mismo momento de la celebración o en un momento posterior¹⁴².

¹⁴¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, J., The Rome I Regulation: Much do about nothing?”, *The European Legal Forum*, 2-2008, p.65. De igual forma: RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales*, op. cit., p. 184. De especial importancia en este ámbito pero en relación con el Convenio de Roma (ya adelantamos en las primeras páginas de este capítulo –en concreto en la nota al pie número 5- que las cuestiones referidas al Convenio de Roma se pueden “extrapolar” en la mayoría de los casos al Reglamento Roma I) Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable...”, op. cit., pp. 13-36.

¹⁴² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. pp.618-627, ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 570-576; ID., El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable..., op. cit., p. 158-160. Con el término jurídico *dépeçage* (término francés) estamos haciendo referencia al fraccionamiento; “El fenómeno consistente en provocar, por los contratantes, que varias Leyes estatales resulten aplicables a un mismo contrato...”: CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable...”, op. cit., pp. 13-14. Compartimos la opinión de los citados autores al entender que el *dépeçage* es la “lógica conclusión del principio de autonomía de la voluntad de los contratantes. El *dépeçage* voluntario permitir a los contratantes buscar y seleccionar <<secciones>> de diferentes Derecho estatales que resultan particularmente adecuadas para sus concretos intereses. De este modo, las <<partes técnicas del contrato>> pueden someterse a los ordenamientos jurídicos más avanzados en la materia, o simplemente, más adaptados al carácter de cada parte del contrato, mientras que las partes más clásicas del mismo pueden sujetarse a un Derecho estatal diferente conocido por los contratantes”. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 91-96.

a) Elección de una Ley o leyes con vinculación objetiva

En relación con el primer supuesto, es decir el fraccionamiento legal del contrato, como hemos indicado anteriormente las partes tienen diferentes posibilidades. El artículo 3 en su apartado primero indica que las partes “podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”. Luego los contratantes podrán aplicar a las distintas partes del contrato Leyes de diferentes Estados, la doctrina entiende que el concepto recogido en el artículo 3.1 del Reglamento Roma I es “*dépeçage* parcial” es decir, las partes podrán elegir que una Ley determinada regule una parte del contrato¹⁴³. Por ello el Reglamento en el artículo 3 establece la libertad de elección de las partes, indica que “las partes podrán designar la Ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”. Llegados a este punto podemos entender que el Reglamento no admite de forma expresa el “*dépeçage* completo”, sin embargo la doctrina entiende que al admitirse la posibilidad de elección de una Ley para una parte concreta de un contrato también se admitirá por “analogía” que una o varias Leyes regulen diversas partes del contrato. Es lo que se conoce como “*dépeçage* completo”. Todos los planteamientos anteriores tienen como finalidad garantizar el principio de autonomía de la voluntad de las partes y por lo tanto favorecer la libertad de elección de los contratantes¹⁴⁴. Lo lógico es que en el Reglamento Roma I prevalezca la voluntad de

¹⁴³ Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. EKELMANS, M., “Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, en *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Tomo I, Bruxelles, 1986, pp. 243-253; LAGARDE, P., “Le dépeçage dans le droit international privé des contrats”, en *RDIPP*, vol. XXX, 1975, pp. 649-677; AUDIT, B., *Droit International...*, op. cit., p. 685; este último autor entiende que no es posible realizar una “interpretación literal” del artículo 3.1 las partes simplemente entenderían como no aplicable a una concreta parte del contrato una determinada ley lo cual implicaría desconocer la Ley aplicable a esa concreta parte “exceptuada” y por lo tanto se tendrían que aplicar las reglas del artículo 4 (aplicables en defecto de ejercicio del derecho de elección por las partes) para determinar el concreto derecho aplicable a esa parte. La “interpretación inútilmente restrictiva” no debe llevarse a cabo puesto que la exclusión realizada por las partes en el caso concreto tendrá como consecuencia la elección de otra ley que rijan esa parte. Los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ se hacen eco de esta interpretación en “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., p. 159. Del mismo modo CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *El contrato internacional (Fraccionamiento...)*, pp. 65-82.

Lo lógico en este ámbito es realizar una “interpretación teleológica”, las partes tendrán la posibilidad de someter su contrato a varias leyes de forma simultánea, lo elegido se entiende que es lo que mejor se ciñe a sus intereses. Es lo que la doctrina denomina: “contrato-puzzle” o “contrato arlequín”. Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., p. 159.

¹⁴⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. pp. 619-620: “El Reglamento Roma I confía a los contratantes, dentro ciertos límites, el diseño de las reglas aplicables a su contrato, pues son los contratantes los sujetos mejor posicionados para hacerlo. Si las partes realizan una elección múltiple de la Ley aplicable, deberá

los contratantes y el Reglamento debe respetar la elección realizada por las partes, lo anterior reducirá los costes de la contratación internacional puesto que se dotará al contrato de previsibilidad y seguridad jurídica. Las partes celebrarán un contrato internacional que en la mayoría de lo posible se ajuste y respete sus intereses económicos, profesionales y personales. Además en caso de litigio, lo más usual en la práctica internacional es que las partes tengan discrepancias sobre determinadas partes del contrato (ejecución, validez de determinadas cláusulas, capacidad, consentimiento...) y no sobre la totalidad del contrato, dejando a un lado -claro está- los supuestos en los que se litiga por la nulidad del contrato¹⁴⁵.

En el caso de que las partes hicieran uso de su derecho de elección sólo en relación con una concreta parte del contrato se entenderá que esa parte deberá ser regulada por la Ley elegida por las partes y el resto del contrato será regulado por la Ley determinada a través de las presunciones contenidas en el artículo 4 del citado instrumento internacional¹⁴⁶.

Debemos diferenciar los supuestos anteriores de los casos en los que existan “megacontratos” es decir, nos encontramos a simple vista ante un “único contrato” (en ocasiones incluso se elaboran en el mismo documento) y tras su análisis comprobamos como el contrato comprende varias figuras jurídicas agrupadas que en apariencia constituyen un único contrato (incluso la cláusula de elección de Ley puede considerarse un contrato propio sujeto a su propia Ley reguladora). En nuestro caso podríamos encontrarnos con un supuesto de compraventa (sería el contrato único a

considerarse válida, pues sus razones tendrán para ello. Por otro lado, el legislador de la UE bien podría haber impedido de manera explícita la posibilidad de un *dépeçage* completo pero no lo hizo”.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable...”, op. cit., p.14. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 106. Otros autores que también están a favor del *dépeçage* completo son: AUDIT, B., *Droit International privé*, Economica, París, 4ª. ed., 2006, pp. 661 y ss. CARBONE, S.M., “Il <<contratto senza legge>>...”, op.cit., pp. 279-289; Id., “L’autonomía privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni”, *DCSI*, 1982, pp. 15-38. MAYER, P., HEUZÉ, V., *Droit International privé II*, París, 1983, pp. 257-354. Posición en contra del *dépeçage* completo Vid. EKELMANS, M., “Le *dépeçage* du contract dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi apilable aux obligations contractuelles”, *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 243-254. En definitiva se da prevalencia a la posición doctrinal mantenida por GIULIANO M., y LAGARDE, P., en su “Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *DOCE*, NÚM. 327 de 11 de diciembre de 1992.

¹⁴⁵ Del mismo modo CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable...”, op. cit., p. 15.

¹⁴⁶ Lo anterior se desprende del artículo 3 del Reglamento Roma I así como del Informe de GIULIANO, M., LAGARDE, P., en relación con el Convenio de Roma. Del mismo modo Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable...”, op. cit., p. 16.

simple vista) junto con contratos de cesión de créditos, *leasing*, contrato de garantía, de financiación... En estos casos lo lógico será entender que a cada contrato le será aplicable de forma aislada una concreta ley¹⁴⁷.

En ocasiones en la práctica internacional podemos encontrarnos con un “*dépeçage* sobrevenido”, se trata de los supuestos en los que las partes después de la celebración del contrato deciden someterlo a varias leyes o someter una concreta parte del mismo a diferentes Leyes; e incluso someterlo a una Ley diferente de la que regula la totalidad del contrato. Se entiende por la doctrina que dicha posibilidad es admisible de cara a garantizar el principio de la autonomía de la voluntad entre las partes y por eso “las nuevas leyes elegidas se aplicarán retroactivamente al contrato desde el momento de su celebración si bien o podrán perjudicar los derechos adquiridos por terceros con arreglo a la Ley que regía el contrato anteriormente¹⁴⁸”.

También se admite la posibilidad de que los contratantes elijan como aplicable a un contrato interno la aplicación de varias leyes, es decir se admite un *dépeçage* en relación a contratos “objetivamente internos”, en estos casos sin embargo se impone la necesidad de que los contratantes deben respetar los límites impuestos por los artículos 3.3 y 3.4 del Reglamento Roma I, es decir serán aplicables las normas “imperativas” no derogables por voluntad de las partes del país más vinculado con el contrato¹⁴⁹.

En determinados supuestos (no es una práctica frecuente) se admite la posibilidad de que un tercero establezca la Ley aplicable al contrato. Dicha opción es posible de cara a la regulación del Reglamento Roma I. En otras ocasiones los operadores del comercio internacional tienen problemas de cara a determinar la Ley aplicable a un concreto contrato derivado del hecho de que las partes han ideado “fórmulas complicadas de designación múltiple de Ley aplicable”; los contratantes no quieren renunciar a aplicar

¹⁴⁷ *Ibidem*, del mismo modo: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 572. ID., *Derecho internacional...*, vol. II, op. cit. p. 620. CARBONE, S.M., “L’autonomia privata nel diritto internazionale...”, op. cit., pp. 15-38.

¹⁴⁸ *Ibidem*. De igual forma CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable...”, op. cit., p. 17. Compartimos la opinión del profesor CARRASCOSA al entender que las partes también tendrán la posibilidad de anular un *dépeçage* del contrato a favor de otra/s Ley posterior o en su caso sin elegir otra/s y por lo tanto resolviendo el asunto de la Ley aplicable de conformidad con los puntos de conexión del artículo 4 del Reglamento.

¹⁴⁹ *Ibidem*

al contrato la Ley del país de su nacionalidad o residencia, incluso la Ley del país del tribunal del foro, cumulativamente con otros derechos nacionales y sin embargo en el contrato no se indica de forma expresa que parte en concreto debe regular cada derecho. La opción más lógica es aplicar al contrato objeto de litigio la ley más favorable, puesto que si aplicáramos todos los ordenamientos en presencia de forma cumulativa, podríamos llegar a contradicciones derivados del contenido en ocasiones contrario entre los diferentes ordenamientos¹⁵⁰.

Una vez analizadas las posibles opciones de las partes debemos concretar el término “parte del contrato”. Para definir lo que se entiende por “parte del contrato” debemos acudir a las reglas de Derecho Internacional Privado y no acudir ni a los derechos internos de los Estados, ni a las reglas del Reglamento Roma I donde no se establece una definición expresa¹⁵¹. La doctrina más cualificada en la materia entiende que con el citado concepto se están haciendo referencia a “una sección del contrato con autonomía jurídica y económica que es separable del resto del contrato”. Es decir, esa concreta parte del contrato debe tener finalidad económica o patrimonial concreta en el conjunto del contrato o transacción (que tenga causa propia), es decir debe tener autonomía y por ello que se pueda separar del resto del contrato. Tendríamos que encontrarnos ante una norma objeto de regulación en las diferentes normativas nacionales¹⁵². Un ejemplo de cláusulas del contrato con autonomía podrían ser: cláusulas penales, de fuerza mayor, de revisión de precios, de responsabilidad, de garantía¹⁵³. Para hablar de contrato se

¹⁵⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable...”, op. cit., p. 18.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 26.

¹⁵² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit. p. 620; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 572. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable...”, op. cit., p. 18. De vital importancia en relación con el aspecto de la “autonomía jurídica y económica” Vid. la sentencia anteriormente mencionada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 6 de octubre de 2009, *Intercontainer Intertrigo* as. C-133/08.

¹⁵³ Vid. Informe GIULIANO, M., LAGARDE, P., DOCE núm. 327 de 11 de diciembre de 1992. Un ejemplo del acierto en la aplicación de las normas comunitarias por los tribunales españoles es la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, Sala de lo Social de 26 de abril de 2004 (AS 2004/3077), en la citada sentencia el Tribunal admitió la validez del fraccionamiento de una cláusula de Ley aplicable; puesto que las partes eligieron como aplicable a un determinado supuesto (en caso de despido y sanciones) la normativa contenida en los Convenios internacionales ratificados por España y la legislación española para el supuesto de las condiciones pactadas en el contrato. En relación con esta última cuestión también realizaron un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales españoles. Sin embargo en ocasiones nuestros tribunales no han sido tan “afortunados” a la hora de dictar sentencias, un ejemplo lo encontramos con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008/4670). Igualmente CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de Ley...”, op. cit., p. 16.

exigirán dos requisitos cumulativos: En primer lugar será necesaria una “vinculación recíproca”, las obligaciones que nacen del contrato deben vincular a todas las partes intervinientes en el mismo y en segundo lugar será necesario que exista un “equilibrio contractual único”¹⁵⁴.

Debemos tener en cuenta que en ocasiones el contrato puede ser válido y no el pacto de elección de ley y viceversa, debido a que en todo momento se deberán respetar las reglas de capacidad, consentimiento y en su caso las reglas que especifican la forma del contrato¹⁵⁵. Como ya hemos mencionado anteriormente las partes tendrán diferentes posibilidades, podrán elegir como aplicable al contrato la Ley de un concreto Estado; en ese caso se entiende que la remisión es “total” y por ende comprenderá “todas las normas que sean aplicables al caso”. Otra posibilidad es elegir “las Leyes de una comunidad o de una región con Derecho privado propio”, también podrán elegir “un sistema estatal de Derecho Internacional Privado”, también podrán “incorporar” a su contrato usos y normativas no estatales como las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*”, los Principios UNIDROIT¹⁵⁶. Del mismo modo se admite la opción de que las partes “desechen un conjunto de disposiciones de la CVIM y hacer aplicable a la parte del contrato en cuestión una Ley estatal¹⁵⁷”. También se admite la opción contraria, es decir, las partes aplican a una determinada parte del contrato la Convención de Viena a

¹⁵⁴ *Ibidem*. Dentro del concepto de “partes separables del contrato” tendrán cabida las cláusulas que indican la forma y el modo de ejecución de las obligaciones, también aquellas cláusulas que indiquen los requisitos o elementos del contrato, las cláusulas separables del contrato que tienen finalidad aclaratoria...

¹⁵⁵ *Ibidem*. A pesar de que ya ha sido objeto de estudio en las anteriores páginas, en líneas generales debemos tener en cuenta que: las reglas de capacidad se determinarán si conociera del supuesto un tribunal español se aplicaría el artículo 9.1 del C.c. que remite a la Ley nacional. En supuesto del consentimiento será regulado por la “Ley presuntamente incumplida”. En relación con la forma del contrato se deben respetar las reglas contenidas en el artículo 11 del Reglamento Roma I; es decir se respetarán las reglas de la Ley que regula el fondo del contrato o en su caso la Ley del país donde el contrato se ha celebrado...

¹⁵⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de Ley...”, op. cit., p. 31. En todo caso siempre hay que tener presente que si conociera del supuesto los tribunales españoles, la ley que debe regir el contrato son las normas del Reglamento Roma I, puesto que como ya hemos indicado anteriormente las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” no podrán regular por sí mismas un contrato internacional. Entendemos que nuestro legislador sólo permite que las partes hagan uso de su derecho de elección en relación con Leyes estatales, pero en cierto modo también se admite la posibilidad de que las partes elijan regular su contrato a través de “conjuntos normativos” con gran calidad jurídica o con calidad técnica suficiente, estamos haciendo referencia a los Principios UNIDROIT, se entiende que nos encontramos ante un “cuerpo orgánico de reglas de alta calidad”.

¹⁵⁷ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “Autonomía conflictual y contratos internacionales...”, op. cit., pp. 105-150.

pesar de que la misma no fuera aplicable por no cumplirse todos los ámbitos de aplicación. Este último caso entraría dentro del supuesto de “meros pactos privados”¹⁵⁸.

Llegados a este punto debemos preguntarnos por el ámbito que abarcan las Leyes reguladoras del contrato. Se entiende que la parte del contrato sometida por las partes a un concreto derecho será regulada por el citado derecho. El cual regirá según se desprende de la lectura del artículo 12 del Reglamento Roma I: a) la interpretación, b) el cumplimiento de las obligaciones que genere, c) las consecuencias del incumplimiento total o parcial, d) los modos de extinción de las obligaciones (prescripción o caducidad...) y e) las consecuencias de la nulidad de la parte del contrato. Las cuestiones referidas a la existencia y validez del contrato se determinan de conformidad con el artículo 10 del Reglamento Roma I, si las partes han hecho uso de su derecho de elección en relación con esa parte se aplicará ese derecho¹⁵⁹.

Para que el fraccionamiento legislativo pueda admitirse el contrato deberá garantizar los siguientes límites¹⁶⁰: El primer límite a respetar es que la elección múltiple o parcial de Ley de las partes no puede implicar la “incoherencia del contrato”¹⁶¹. La doctrina mayoritaria entiende que existe incoherencia en los siguientes supuestos: cuando se eligen leyes incompatibles o inconciliables entre sí de tal forma que la aplicación de una de ellas supone la exclusión de la otra¹⁶², cuando los derechos y obligaciones de las partes se rigen por distintas leyes¹⁶³, se entiende que este “dépeçage vertical conduce a un conjunto normativo incoherente y por ello, debe rechazarse¹⁶⁴”. En relación con la

¹⁵⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de Ley...”, op. cit., pp. 31-32.

¹⁵⁹ “Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, en *DOCE L 177/6* del 4 de julio de 2008, pp. 8 y ss. De igual forma pero en relación con el Convenio de Roma Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de Ley...”, op. cit., p. 33.

¹⁶⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.620; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 572; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 94; de igual forma pero en relación con el Convenio de Roma vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley...”, op. cit. p. 33.

¹⁶¹ *Ibidem*, de igual forma Vid. Informe GIULIANO, M., LAGARDE, P., *DOCE* núm. 327 de 11 de diciembre de 1992.

¹⁶² *Ibidem*, así como: RIGAUX, F., “Examen de vœux questions laissées ouvertes par la convention de Rome...”, op. cit., pp. 306-321, especialmente la p. 317.

¹⁶³ *Ibidem*, de igual forma Vid. JACQUET, J. M., “Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats”, *JDI Clunet*, 1991, pp. 679-698. ID., “Contracts”, *Repetoire Dalloz Droit international*, PARIS, 1998, PP. 1-50; ID., “L’incorporation de la loi dans le contrat”, *TCFDIP*, 1993/1995, pp. 23-39.

¹⁶⁴ *Ibidem*, así como HANOTIAU, B., “La Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal des Tribunaux*, 1982, pp. 749-762. VITA, E., “La convenzione CEE sulle

cesión de créditos existiría incoherencia cuando en el contrato de cesión la obligación de entrega de los créditos estuviera sometida a la Ley del cedente y la obligación de pago del precio o la obligación consecuencia de la cesión se sometiera a la Ley del cesionario. Como las obligaciones entre el cedente y el cesionario son recíprocas y por lo tanto equivalentes y sinalagmáticas deberán regirse por la misma Ley. Por otro lado los contratantes tampoco podrán elegir leyes distintas para regular los aspectos esenciales o “nucleares del contrato”; lo anterior se deduce del artículo 3 apartado primero, se entiende que dicha Ley será la que “otorga al acuerdo la cualidad de contrato”¹⁶⁵.

El segundo límite que debe respetar el pacto de elección de Ley es que no puede ir en contra de las normas “Leyes de policía” contenidas en el artículo 9 del Reglamento Roma I, es lo que el artículo 7 del Convenio de Roma denominaba “normas internacionalmente imperativas”. Como afirma el Reglamento se consideran “normas de policía” aquellas que son esenciales para la salvaguardia de los intereses públicos”. En todo caso las partes siempre deberán respetar las “leyes de policía” del país del tribunal que está conociendo del asunto, así como las “leyes de policía” del lugar de ejecución del contrato siempre y cuando no fueran coincidentes¹⁶⁶.

Debemos finalizar el estudio de este apartado teniendo en cuenta que en el caso de que las partes hayan hecho ejercicio tanto de su facultad de elección de Ley como de la facultad de elección del tribunal competente, es decir existe también en el contrato un pacto de sumisión expresa a favor de unos concretos tribunales. La elección de Ley aplicable y de tribunal deben entenderse como dos cuestiones diferentes, puesto que ya hemos explicado en el capítulo segundo un pacto de sumisión expresa determina la competencia judicial internacional; y por ello quedará regulado por el artículo 23 del Reglamento 44/2001 o en su caso por las normas de producción interna del tribunal que

obligazioni contrattuali e l'ordenamento italiano”, *RDIPP*, vol. XVII, 1981, pp. 837-852. Lo anterior se deduce del hecho de que las prestaciones entre las partes son sinalagmáticas y por lo tanto recíprocas, si se incumpliera lo anterior romperíamos “El equilibrio existente entre las partes”. Los requisitos esenciales en nuestro ordenamiento jurídico vendrían determinados por el artículo 1261 del C.c.

¹⁶⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.620; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 572-573; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 94; de igual forma pero en relación con el Convenio de Roma vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley...”, op. cit. p. 33.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

esté conociendo del asunto. En el supuesto español se aplicaría en su caso el artículo 22 de la LOPJ. Lo mismo sucedería en el supuesto en el que las partes hubieran decidido someter el objeto de la controversia a un arbitraje privado internacional, en ese caso serían de aplicación la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Convenio de Nueva York) de 1958 en concreto su artículo II, así como los artículos 1 y 5 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional (Convenio de Ginebra) de 21 de abril de 1961 entre otros.

b) Elección de Ley o leyes sin vinculación objetiva

Una vez analizadas todas las posibilidades que tienen las partes en relación con la elección de Ley/es con vinculación objetiva, deberemos analizar en segundo lugar lo que ocurre en los que las partes hacen uso de su derecho de elección a favor de leyes sin vinculación con el contrato. El Considerando 11 del Reglamento Roma I establece la “libertad de las partes de elegir la ley aplicable”, luego en ningún momento se establece la necesidad de que la ley elegida por los sujetos intervinientes en el contrato tenga algún vínculo o “contactos objetivos” con el contrato¹⁶⁷.

Lo anterior es lógico derivado del hecho de garantizar la autonomía de la voluntad de los contratantes, se favorece la seguridad jurídica de forma “preventiva”; las partes sabrán cuál es su derecho aplicable antes de que surja el litigio y por lo tanto en caso de disputa la resolución judicial que adopten los jueces no será desconocida por ellas. En definitiva si el Reglamento hubiera querido que la Ley elegida por las partes estuviera vinculada con el contrato se habría establecido de forma expresa en su articulado. Lo lógico es “no dotar de límites” a la autonomía de la voluntad y por ende otorgar a las partes la posibilidad de elección de la Ley que se ajuste en mayor medida a sus intereses, siempre claro está, que se respeten los límites establecidos por el instrumento internacional, igualmente deberán respetarse la leyes de policía del artículo 9, además las leyes deberán ser coherentes entre sí¹⁶⁸.

¹⁶⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.623; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 576.

¹⁶⁸ *Ibidem*. De igual forma Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 107. Los límites anteriores son establecidos por el Reglamento Roma I de cara a garantizar que las partes “construyan un <<By-Pass jurídico>> a medida, con el fin de sortear artificialmente la aplicación de estas <<Leyes de policía>>.”

c) Momento en el que puede realizarse la elección de Ley

Como hemos adelantado en anteriores apartados, las partes pueden hacer uso de su derecho de elección en cualquier momento, por ello podrán elegir la ley aplicable antes de la celebración del contrato, en el mismo momento de la celebración e incluso en un momento posterior según se desprende de la jurisprudencia de nuestros tribunales¹⁶⁹. En la práctica lo más habitual y lógico es que las partes hagan uso de su derecho de elección antes de que comience el litigio; en todo caso las partes también tendrán dicha opción una vez iniciado el procedimiento. Las partes tienen diferentes posibilidades en relación con la modificación de la Ley que regula su contrato. La primera opción de las partes es modificar la primera elección de Ley realizada y elegir otra diferente; en segundo lugar las partes podrán suprimir el pacto de elección de Ley y no realizar ninguna otra rigiéndose el contrato en ese caso por la Ley determinada por los puntos de conexión del artículo 4. La última posibilidad de las partes es realizar un pacto de

¹⁶⁹ Vid. La ya comentada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Social de 21 de septiembre de 2004 AS. 2004/2756. En la citada sentencia se debatía acerca de la posible competencia de los tribunales españoles en relación con un despido. En el contrato celebrado por las partes existía un pacto de sumisión expresa a favor de los Tribunales portugueses, también habían hecho uso de su voluntad de elección: las partes indicaron que debía aplicarse al contrato la ley portuguesa para regular alguna carencia del contrato (antecedente de hecho segundo). El único vínculo del contrato con España era la nacionalidad española del sujeto despedido, puesto que la residencia del demandante también estaba en Portugal al igual que la sede de la empresa, siendo además el lugar donde venía prestando sus servicios. En este caso con gran acierto en el único fundamento de derecho el tribunal entiende que no debe aplicarse el Convenio de Roma al no cumplirse el ámbito de aplicación material (el Reglamento Roma I y en su caso el Convenio de Roma sólo se aplicaba a cuestiones civiles y mercantiles); en segundo lugar con gran acierto el juzgador entiende que en todo contrato debe existir una diferenciación entre competencia y Ley. Luego el juez deberá resolver aplicando sus normas de Derecho Internacional Privado internas en relación con las dos cuestiones. El Tribunal entiende que debe aplicarse el artículo 2 del Convenio de Bruselas de 1968 que hace competentes a los tribunales de Portugal por ser el lugar del domicilio de las partes. El Tribunal entiende que son competentes los tribunales portugueses al entender que el pacto de sumisión es válido y por lo tanto establece la incompetencia de los tribunales españoles para conocer del litigio con independencia de que el pacto de elección de Ley también fuera válido. Luego en este supuesto nos encontramos ante un pacto de elección de Ley en el mismo momento de celebración de contrato (es lo más habitual), sin embargo el litigio quedaba fuera de la regulación del Convenio de Roma y en su caso del Reglamento por no cumplirse el ámbito de aplicación material.

Un ejemplo de un supuesto en el que las partes hacen uso de su derecho de elección al mismo tiempo en el que se interpone la demanda es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 15 de noviembre de 2003 JUR 2003/91575. En este caso el Tribunal en el fundamento jurídico cuarto indica que el Convenio de Roma en su artículo 3 establece que las partes tienen libertad a la hora de realizar un “pacto de elección de Ley elección que se puede realizar en cualquier momento, supuesto que se da en el presente caso, pues, a través de la demanda y de la contestación, las partes se han vinculado a la legislación española tanto en lo que afecta a la interpretación, como al fondo de la cuestión que se debate; y ello, sin desconocer también lo dispuesto en el artículo cuarto del Convenio, que admite la aplicación de la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos, como lo son aquel en que se haya de realizar la prestación más característica, la residencia habitual de las partes o la administración central de la sociedad”.

elección de ley en relación con un contrato regido por las normas del artículo 4, es decir elegir una ley aplicable a un contrato que en un primer momento carecía de dicho pacto¹⁷⁰.

Una vez aclarado el momento temporal de cara al ejercicio del derecho de elección de ley, debemos indicar que existen unos límites a la hora de modificar la Ley del contrato establecidos por el artículo 3.2 del Reglamento Roma I. La “nueva” elección realizada por las partes se debe aplicar con carácter retroactivo al contrato y en ese momento es cuando intervienen los límites: la “nueva” ley aplicable al contrato no puede suponer la “invalidez formal” del contrato si con la anterior ley el contrato era formalmente válido. En segundo lugar hay que tener en cuenta que la elección de una “nueva” ley no puede perjudicar los derechos de terceros en el contrato. Si los derechos de terceros se vieran afectados por la “nueva” ley se entenderá que el contrato será regulado por la anterior ley en relación con los derechos de estos. De forma mas específica, con la cesión podría darse la hipótesis en la que un cedente (acreedor) y un deudor hubieran realizado un pacto de elección de ley de cara al contrato de cesión de créditos; posteriormente ambas partes decidieran realizar un nuevo pacto de elección de ley y es en ese momento cuando el cedente transfiere sus créditos al cesionario; el cedente al transferir la deuda realiza un pacto de elección de ley que favorezca en mayor medida los intereses del deudor frente al nuevo acreedor (tendrían cabida los supuestos de ampliación del plazo de cobro, disminución del importe de la deuda...) si el cesionario se viera perjudicado por este nuevo pacto de elección de Ley se entenderá que su contrato se regirá por el primer pacto de elección de Ley “sólo si la nueva Ley del contrato perjudica derechos que los terceros hubieran adquirido de conformidad con la Ley que regía el contrato anteriormente¹⁷¹”.

Como hemos indicado anteriormente las partes podrán elegir la Ley aplicable al contrato al tiempo de celebración del procedimiento. A pesar de que sea una opción permitida por el artículo 3 apartado primero del Reglamento Roma I al indicar que las

¹⁷⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.623; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 576. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp.109-110.

¹⁷¹ *Ibidem*. El problema en estos supuestos vendría determinado por el hecho de que el tercero hubiera tenido conocimiento o no de la modificación del pacto de Ley aplicable y determinar hasta qué punto se pueden ver afectados los derechos de terceros, de nuevo el Reglamento incurre en una laguna que tendrá que ser desarrollada por la práctica internacional y por los tribunales.

partes pueden hacer uso de su derecho de elección “en cualquier momento”, sin embargo el Reglamento no va más allá y no regula el momento procesal oportuno para realizar la elección, de darse este supuesto en la práctica comercial internacional, los operadores deberán tener en cuenta que son las concretas normas procesales de cada Estado, las que determinen los límites temporales a partir de los cuáles las partes ya no podrán hacer uso de su derecho de elección de Ley. Luego en la práctica podrá darse el supuesto en el que la legislación procesal del tribunal que está conociendo del asunto no permita realizar un pacto de elección de Ley durante el procedimiento. De la lectura del artículo 3. 2 podemos deducir que se admite dicha posibilidad, lo cual supondrían un detrimento de la autonomía de la voluntad de las partes y en definitiva un límite al comercio internacional dependiendo de las opciones permitidas por los derechos procesales internos. La misma solución se llega con la lectura del artículo 1.3 del Reglamento Roma I, el cual indica que no se aplicará el citado instrumento internacional ni a “la prueba ni al proceso, sin perjuicio del artículo 18¹⁷²”.

La solución viene dada por el hecho de que “las normas procesales son normas adjetivas que operan al servicio de las normas sustanciales, como es en este caso el artículo 3.2 del RR-I¹⁷³”. Por lo tanto el Reglamento Roma I debe interpretarse de conformidad con lo establecido en su artículo 3.2, en el sentido de que el Derecho Procesal de los estados miembros que “vulneren o contradigan” las disposiciones del Reglamento no será aplicable al supuesto concreto. Por eso, en un caso concreto no se aplicará la *lex fori* que impida a las partes realizar un pacto de elección de ley durante el proceso, en ese caso “el juez deberá mediante una decisión *ad hoc* y un desarrollo judicial del precepto, dar aplicación al artículo 3.2 del RR-I y permitir a las partes dicha elección de Ley¹⁷⁴”. Todo lo anterior nos sirve para establecer la siguiente conclusión: las partes podrán realizar un pacto de elección de Ley en relación con un contrato internacional en cualquier momento, incluso una vez que ya se ha iniciado el proceso litigioso.

¹⁷² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 624-625; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 577-578. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp.108-110.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

Finalizamos este apartado con la diferenciación de los pactos de elección de Ley de las “cláusulas flotantes” de elección de Ley, se trata de aquellos supuestos en los que las partes no han determinado la Ley aplicable en el momento de celebración del contrato sino que la fijación de la misma vendrá determinada por el cumplimiento de ciertos requisitos. Dichas cláusulas son permitidas por el artículo 3.2 del Reglamento Roma I, en el supuesto en el que no se cumplieran los requisitos, se entenderá que las partes no han hecho uso de su derecho de elección y por ello la Ley aplicable al contrato vendrá determinada por las disposiciones contenidas en el artículo 4 del Reglamento¹⁷⁵.

Existen varios tipos de “cláusulas flotantes”: El primer supuesto vendría determinado por el pacto de los contratantes en virtud del cual sólo uno de ellos sería el encargado de designar la Ley aplicable al contrato en un momento posterior a la celebración del mismo. Incluso en ocasiones puede suceder que esa parte tenga la facultad de elección sólo en relación con un “círculo cerrado” o “rosa” o que no tenga ningún tipo de limitación y pueda elegir la Ley que estime más favorable en relación con las partes del contrato. Estamos ante lo que la doctrina más cualificada denomina “cláusula unilateral” de elección de Ley¹⁷⁶.

Otra posibilidad más común en la práctica son las “cláusulas de unidad *forum-ius*”. En ocasiones las partes establecen en el contrato una cláusula que hace competentes a tribunales de diferentes Estados dependiendo del foro que se aplique al caso concreto. Es decir, las partes prevén dos o más foros en caso de litigio, y dependiendo del concreto foro y por ello del concreto tribunal competente será aplicable al supuesto una ley u otra, puesto que la finalidad de esta cláusula es hacer coincidir el tribunal que conoce del asunto con su *lex fori*¹⁷⁷.

¹⁷⁵ *Ibidem*, del mismo modo Vid. SARAVALLE, A., “Clausola con scelta variabile e convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, 1995, pp. 17-30.

¹⁷⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 624-625; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.578. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p.98.

¹⁷⁷ *Ibidem*, como afirman los citados autores un ejemplo de la “cláusula unidad *forum-ius*” lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9907). Dicha sentencia se correspondía con un litigio en relación con un incumplimiento del contrato derivado del impago pago de un contrato producido entre una empresa con domicilio en Rusia y una empresa con domicilio en nuestro país. Las partes habían realizado un pacto de unidad *forum-ius* al establecer en el contrato que en caso de litigio serían competentes los tribunales del lugar donde se interpusiera la

Otro tipo de cláusula es aquella en la que la elección de la Ley que regirá el contrato se supedita al cumplimiento de un determinado hecho. Es decir, en un primer momento el contrato será regulado por una determinada Ley pero en el supuesto de que se cumpla un determinado hecho será regulado por una Ley “nueva” si el suceso no se verifica el contrato deberá regirse por la Ley inicial¹⁷⁸.

Finalizamos el estudio del artículo 3 del Reglamento Roma I con una nueva diferenciación, debemos distinguir entre la autonomía de la voluntad “conflictual” de la “material” y de la “incorporación por referencia”. La autonomía de la voluntad “conflictual” es la posibilidad que tienen los contratantes de elegir una determinada Ley de cara a la regulación del contrato. Por el contrario la autonomía de la voluntad “material” consiste en la opción que tienen las partes de realizar pactos o añadir cláusulas al contrato que regulen cuestiones concretas de su relación jurídica, todo dentro de los límites que marque el concreto ordenamiento. El Tribunal Supremo “ha seguido en particular una tesis contractualista”: se entiende que el valor de las citadas cláusulas es de ser “simples pactos privados entre las partes”, son “meras cláusulas materiales del contrato” y por lo tanto no son “Derecho objetivo”. Sólo tendrán validez cuando el derecho que rige el contrato permita la incorporación al contrato de las citadas cláusulas¹⁷⁹. El problema se plantea en los supuestos en los que las partes y en concreto los tribunales no distinguen una cláusula de incorporación por referencia de un pacto de elección de Ley¹⁸⁰.

demanda aplicándose además la ley de los citados tribunales. Las partes establecieron varios foros que hacían competentes tanto a los tribunales españoles como a los rusos e incluso podrían ser competentes los tribunales de terceros Estados. Sin embargo, el Tribunal en el fundamento de derecho segundo comete un error al aplicar el artículo 22.2 de la LOPJ para determinar la competencia de nuestros tribunales en base al foro del domicilio del demandado en lugar de aplicar el Convenio de Bruselas de 1968 (ya que el Reglamento 44/2001 había entrado en vigor para España el 1 de marzo de 2002 y en el supuesto la demanda se había interpuesto el 27 de octubre de 1995) En este caso los tribunales españoles también serán competentes pero por el artículo 2 del Convenio de Bruselas, es decir por el foro del domicilio del demandado, luego en este caso también sería aplicable la Ley española. Sin embargo esta sentencia plantea un problema añadido en relación con la Ley aplicable: el problema de la prueba del derecho extranjero; la parte demandada alegaba que se debía aplicar al supuesto el derecho de Rusia pero no “mencionaba norma o precepto alguno, ni menos mostrar datos sobre su vigencia e interpretación”.

¹⁷⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.625; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.578.

¹⁷⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp.625-627; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp.579-582. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p.76-82.

¹⁸⁰ *Ibidem*. Nuestros tribunales también tienen problemas de cara a realizar la distinción, fruto de lo anterior son la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Social de 20 de febrero

La distinción entre ambos supuestos no es fácil, el Convenio de Roma exigía que la elección de Ley aplicable debiera ser clara y establecía además que en caso de duda estaríamos ante un supuesto de incorporación por referencia. Lo anterior es importante de cara a solucionar los problemas que se pueden plantear en el supuesto de cambios legislativos. En líneas generales podemos concluir que: si se produce un cambio legislativo en relación con la Ley elegida por las partes en el contrato la “nueva” legislación “vigente en el momento” de producirse el litigio será aplicable al contrato. Por el contrato si las partes han realizado una “incorporación por referencia” el cambio legislativo no afectará a las “normas introducidas por dicha incorporación por referencia”, puesto que son consideradas como “meros pactos privado entre las partes” y no disposiciones legales aplicable al contrato internacional, en este caso las normas “materiales” seguirán siendo aplicables al contrato con independencia del cambio legislativo¹⁸¹.

1.3 Ley aplicable en defecto de elección

A continuación pasaremos a desarrollar los criterios que utiliza el artículo 4 del Reglamento Roma I de cara a la determinación de la Ley aplicable. Como hemos mencionado anteriormente el artículo 4 sólo podrá operar en relación con un contrato internacional en nuestro caso de cesión de créditos, cuando las partes no hayan hecho uso de la autonomía de la voluntad que les confiere el artículo 3 del Reglamento o cuando a pesar de existir un pacto de elección de ley esta se considera inválida¹⁸².

de 2002 (JUR 2002/136185); en la cual el tribunal entendió aplicable al caso la cláusula que establecía que indicaba que debía aplicarse “el régimen laboral establecido por la legislación de EEUU” cuando en realidad nos encontramos ante una incorporación por referencia.

¹⁸¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.627; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp.581-582. Un ejemplo de cláusula de incorporación por referencia sería el supuesto en el que las partes hacen aplicable al contrato ciertos INCOTERMS o determinados principios de la “Nueva *Lex Mercatoria*”. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p.76-82.

¹⁸² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 628; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.582; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p.111; ID., “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles...”, op. cit., pp. 166-169; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., p.186; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 10.

Como hemos venido indicado a lo largo de todo el capítulo el Convenio de Roma se ha convertido en un Reglamento Comunitario lo cual supuso ciertas novedades en relación con la anterior regulación. La estructura del artículo 4 del Convenio de Roma era muy complicada, de igual forma las presunciones del Reglamento Roma I siguen basándose como criterio fundamental en la prestación característica para determinar la ley aplicable, sin embargo en este punto se introduce una importante novedad en relación con el Convenio de Roma: el Reglamento Roma I a falta de elección del artículo 3 o cuando esta se considere inválida, establece en el artículo 4.1 una lista de ocho “tipos de contratos” indicándose cuál es la ley aplicable para esos “ocho contratos”¹⁸³.

En líneas generales podemos afirmar que el Reglamento Roma I establece la Ley aplicable de forma expresa en relación con ocho contratos, “despliega un catálogo de ocho reglas especiales en función del tipo contractual, del objeto o de las circunstancias del contrato (compraventa de mercaderías, prestación de servicios, contratos sobre bienes inmuebles...)”¹⁸⁴. Posteriormente en el artículo 4.2 establece una nueva regla para las relaciones contractuales excluidas de esos “ocho contratos” o cuando el supuesto de hecho pueda ser subsumido en varias categorías y pueda provocar soluciones contradictorias (cláusula de la residencia habitual del prestador característico).

El tercer criterio que introduce el Reglamento Roma I en el artículo 4.3 es la “cláusula de excepción” para aquellos supuestos en los que el contrato presente vínculos “manifiestamente más estrechos” con una Ley de otro país a pesar de que el contrato pueda ser incluido dentro de alguna de las categorías anteriores, entonces el contrato se regirá por la ley de ese otro país. “Lo verdaderamente importante en estos casos no es el tipo de contrato (compraventa, arrendamiento...), ni tampoco exclusivamente la cantidad y calidad de las prestaciones que deben llevar a cabo los contratantes, sino todas las circunstancias de la situación contractual -residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, lugar de celebración...”. El análisis anterior debe realizarse en el supuesto concreto puesto que nos encontramos con una “cláusula excepcional”.

¹⁸³ *Ibidem*, de igual forma CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “La lucha por la prestación característica (I): los contratos internacionales de distribución”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., AREAL LUDEÑA, Santiago., (dirs.), *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, p. 354. Los citados autores los denominan: “los ocho magníficos”.

¹⁸⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 10.

El cuarto criterio se desarrolla en el artículo 4.4, sólo está indicado para aquellos supuestos excluidos de la lista de los ocho contratos y para el caso en el que el contrato no tenga prestación característica o cuando existiendo prestación características no pudiera determinarse la residencia habitual del prestador característico, sólo en esas dos hipótesis se aplicará la presunción contenida en el artículo 4.4, la cual establece que el contrato se regirá por la Ley de país con el que el elemento contractual presente los vínculos más estrechos, es una “cláusula de escape” y como tal sólo se podrá aplicar tras un análisis de todos los elementos del caso al igual que sucedía con el artículo 4.3¹⁸⁵. Debemos recordar que sólo se determinará la Ley aplicable a través del artículo 4 cuando las partes no hubieran hecho de su facultad de elección o cuando esta fuera inválida.

A la hora de analizar el artículo 4 del Reglamento Roma I debemos tener presentes las siguientes consideraciones: En primer lugar nos encontramos con un artículo con una estructura especial, la primera ley del contrato será la determinada de conformidad con los artículos 4.1 y 4.2, estos artículos presentan “normas de conflicto rígidas” y para supuestos específicos en el que se descarte la aplicación de las “normas de conflicto rígidas”, el contrato pasará a regularse por la Ley de país con la que presente los vínculos más estrechos (art. 4.3)¹⁸⁶.

La segunda cuestión a tener en cuenta tras el análisis del artículo 4 es concluir la importancia de las “normas de conflicto rígidas” es decir, la finalidad del artículo 4 es contribuir al incremento de la “seguridad jurídica” en el ámbito judicial europeo. Lo anterior se consigue con el rechazo de los puntos de conexión abiertos cuya interpretación quedaba al libre arbitrio de los tribunales¹⁸⁷.

¹⁸⁵ *Ibidem*. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 628; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.582; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 119; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., p.187-188. De igual forma Vid. LAGARDE, P., “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable...”, op. cit., pp. 331-349.

¹⁸⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 629; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.583.

¹⁸⁷ *Ibidem*. La postura anterior se puede deducir del Considerando 16 del Reglamento Roma I donde se indica que “con el objetivo general del presente reglamento de contribuir a la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad.

En tercer lugar podemos observar en relación con el Convenio de Roma una detrimento del “principio de proximidad”, puesto que en el artículo 4 del Reglamento comunitario ya no se recoge la opción del “principio de proximidad” para determinar la Ley aplicable a un contrato en defecto del pacto de elección o cuando esta fuera nula¹⁸⁸. El Reglamento rechaza la deducción de la Ley aplicable al contrato a través de simples “presunciones” o indicios para determinarla a través “puntos de conexión rígidos” cuya misión primordial es concretar de modo axiomático y matemático, la Ley aplicable al contrato, sea o no la Ley más estrechamente vinculada con el mismo¹⁸⁹. Sin embargo, la postura anterior tiene una excepción: El supuesto recogido en el artículo 4.3: “Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los artículos 1 o 2, se aplicará la Ley de ese otro país”. La misma lectura se puede extraer del Considerando 16¹⁹⁰.

El “principio de proximidad” se configura como un supuesto secundario y sólo tendrá cabida a la hora de indicar cuál es la Ley aplicable al supuesto internacional en el caso de que el contrato no esté incluido dentro de la lista de esos “ocho contratos”, siempre y cuando (requisitos cumulativos) dicho contrato carezca de prestación característica; podríamos afirmar que es una cláusula de “cierre para supuestos concretos”. También podrá operar en los supuestos en los que del análisis del contrato se deduzca que presenta vínculos más estrechos con la Ley de otro país, es decir en los

No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”.

¹⁸⁸ El artículo 4.1 del Convenio de Roma establecía que el contrato se regirá por la ley del país con la que presente los vínculos más estrechos. Dicho supuesto ha sido eliminado del artículo 4 del Reglamento Roma I.

¹⁸⁹ RADICATI DI BROZOLO, L., SALERNO, F., “Verso un nuovo diritto internazionale privato...”, op. cit., pp. 1-8, especialmente Vid. p. 5. Del mismo modo CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 629; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.583.

¹⁹⁰ A favor de esta última posición Vid. CARRILLO POZO, L.F., “La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Poder Judicial*, núm. 74, 2004, pp. 11-46 con especial trascendencia las pp. 40-41. De igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 119-120. De vital importancia en este ámbito es el Considerando 19: “En defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para el tipo particular de contrato. En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad”.

supuestos del artículo 4.3; y la última posibilidad de aplicación del “principio de proximidad” tendría cabida dentro de las “normas de conflicto rígidas” del artículo 4.1 concretamente los apartados c, d, g y h del Reglamento Roma I¹⁹¹.

i) La lista del artículo 4.1

El artículo 4.1 del Reglamento Roma I supone una novedad en relación con el Convenio de Roma al establecer de forma expresa la Ley aplicable a un conjunto de contratos, se entiende que serán los contratos más habituales de la práctica internacional¹⁹²; en nuestro caso el problema viene determinado por el hecho de que la cesión de créditos no se encuentra dentro de dicha regulación¹⁹³. Luego en un supuesto internacional la primera medida a adoptar será “catalogar” o “calificar” nuestro contrato, si se correspondiera con uno de los indicados en el artículo 4.1 no tendríamos otra opción que aplicar la Ley que establezca el citado artículo salvo que se dieran en la práctica las excepciones que desarrollaremos posteriormente¹⁹⁴. Como indicamos anteriormente, los puntos de conexión del artículo 4.1 son “rígidos” puesto que determinan directamente la Ley aplicable a un determinado supuesto, son “presunciones

¹⁹¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 629; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.584.

¹⁹² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 629; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.584. Entendemos que los contratos de cesión de créditos, de *factoring*, de *leasing* así como los contratos de marco o patente; también tienen gran trascendencia en el comercio internacional. Comparte la misma postura CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 126. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 630; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.587. Como analizaremos posteriormente, los contratos anteriores y en particular la cesión de créditos no ha sido incluida dentro de la lista de esos “ocho contratos” no por el hecho de que sean contratos poco trascendentes en la práctica internacional, sino derivado del supuesto de que en ocasiones nos encontramos ante supuestos complejos formados por “varios contratos tipo” y por lo tanto cada contrato debería quedar regulado por una concreta ley salvo que las partes hicieran uso de su derecho de autonomía de la voluntad.

¹⁹³ Es importante en este punto la opción aportada por GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 47 donde indica en relación a la figura del contrato de *factoring* (la cual será objeto de estudio específicamente en un capítulo posterior) que: “El contrato de *factoring* contiene una prestación de servicios, pero no es solo una prestación de servicios. La complejidad de este contrato, del que surgen diversas relaciones jurídicas, jace discutible su naturaleza jurídica. Se vislumbran componentes del contrato de comisión mercantil cuando al factor se encarga la gestión de cobro de los créditos. Pero, debido a que sus prestaciones suelen ser más complejas, el contrato supera esa primigenia naturaleza para convertirse en un contrato *sui generis*. Es complejo, mixto y de duración, y, aún siendo único, da origen a varias relaciones jurídicas. Junto a notas propias de la comisión, puede tener del descuento o de la garantía. El *factoring*, además puede y suele desempeñar una función de financiación, siendo calificado específicamente como un contrato financiero mercantil”.

¹⁹⁴ *Ibidem*. Como comprobaremos posteriormente el contrato de cesión de créditos no se encuentra dentro de esta lista.

legales al servicio del principio de proximidad” luego tendrán que ser aplicados siempre y las partes no podrán inaplicarlos alegando que existe otra Ley con la que el contrato tiene vínculos más estrechos¹⁹⁵. Son los siguientes:

a) “El contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual”. El concepto de compraventa de mercadería se ha extraído de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 “por lo que la suma de todos estos instrumentos forma parte de un círculo hermenéutico apropiado para ofrecer una definición autónoma o uniforme de estos términos¹⁹⁶”. Un importante sector doctrinal lo define como “el contrato sinalagmático en cuya virtud una parte entrega a otra parte la propiedad de una mercancía a cambio del pago de un precio¹⁹⁷”. Dentro del concepto de mercaderías tendrían cabida los bienes muebles corporales, ya sean animados o inanimados, los bienes inmateriales, los alimentos¹⁹⁸...

El concepto de compraventa de mercaderías utilizado por el Reglamento Roma I no puede extraerse de la Convención de Viena de 1980, puesto que si el legislador hubiera querido dicha opción lo habría indicado como sucedió con el Considerando 17 del Reglamento 44/2001 para precisar ciertos conceptos jurídicos contenidos en su artículo 5.1¹⁹⁹. El concepto se aplica a cualquier tipo de compraventas de mercancías con independencia del tipo de compraventa. Sin embargo, debemos tener en cuenta que ciertos contratos están excluidos dentro del concepto, no se consideran “compraventa de mercaderías”: los contratos “mixtos o complejos” que están formados por elementos procedentes de una compraventa y de otros contratos. Es lo que sucede con los contratos de cesión de créditos, el *leasing* y los contratos de *factoring* internacional. Esto es así puesto que como analizaremos posteriormente en la cesión de créditos nos encontramos

¹⁹⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 630; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.585.

¹⁹⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., pp. 10-11.

¹⁹⁷ Para un estudio en mayor profundidad del concepto Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp. 196-209; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp.634-643 ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 590-603.

¹⁹⁸ *Ibidem*

¹⁹⁹ *Ibidem*. Compartimos la opinión de los citados autores al entender que el concepto de mercaderías del Reglamento Roma I no puede ser extraído de la CVIM de 1980 puesto que implicaría una extensión del concepto contenido en la citada Convención a Estados que no son parte de la misma, como podría suceder con Irlanda y Portugal.

con un contrato en el que un acreedor (cedente) transmite un derecho de crédito a otro sujeto (cesionario) que pasará a ser el nuevo acreedor del deudor. En definitiva nos encontramos ante una “transmisión de derechos” y por lo tanto no existe una transmisión de mercaderías²⁰⁰.

b) “El contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual”. Para este supuesto y para el recogido en el apartado a) el Considerando 17 del Reglamento Roma I indica que “estos términos están recogidos en el Reglamento 44/2001 y que el principio de continuidad conceptual aboga por mantener la misma interpretación en ambos casos²⁰¹”. Nos encontramos con la unidad *forum-ius*, el Reglamento Roma I debe ser interpretado en relación con el Reglamento 44/2001. Sin embargo este punto de conexión sólo podrá aplicarse para el supuesto en el que los dos sujetos intervinientes sean profesionales de la contratación, en estos casos se entienden que los dos sujetos “arriesgan” lo mismo y ambos tienen una “estructura empresarial costosa”. Por el contrario no se podrá aplicar este punto de conexión cuando el prestador característico sea un profesional de la contratación internacional y la otra parte sea un cliente o un no profesional de la contratación internacional. Aplicar dicha Ley supondría un aumento de los costes para el sujeto que no es profesional, puesto que estaría obligado a conocer de antemano una pluralidad de legislaciones, produciéndose en ese caso un perjuicio para el comercio internacional. La solución aplicable a este supuesto sería aplicar la Ley del país más vinculado²⁰².

Sólo podremos averiguar cuál es el país más vinculado acudiendo la tesis del “riesgo de internacionalidad” es decir a la Doctrina de la “*Internacional Stream of Commerce*”. En la práctica internacional lo lógico es entender que el sujeto que invade o se “sumerge” en un mercado de otro país lo hace con expectativas de obtener algún

²⁰⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 636; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.718.

²⁰¹ *Ibidem*

²⁰² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 630; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.585. ID., “Ley aplicable al contrato...”, op. cit., pp. 74-75. VISCHER, F., “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *E Pluribus Unum/Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520, con especial relevancia Vid. p.509. De igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 128.

beneficio. El traspaso de esas fronteras supone “internacionalizar” la relación existente con su cliente puesto que actuará en otro mercado; “el mercado de conquista” creando “una corriente de comercio internacional” es lo que se conoce como “*Internacional Stream of Commerce*”. Ese profesional de la contratación al entrar en otro país será conocedor de los riesgos que eso implica y en este caso uno de esos riesgos será aplicar al contrato internacional la Ley del país de destino, en definitiva la Ley del país en cuyo mercado va a realizar su actividad comercial. “El sujeto que dirige su actividad comercial a un país bien para ofrecer mercancías o servicios (exportador) o bien para adquirir mercancías (importador), debe soportar la carga de la aplicación de la Ley de ese país”²⁰³. Por ende dicha Ley será la más previsible para las partes intervinientes y será lógico que esta sea la que regule el contrato.

Las partes tienen varias formas de internacionalizar el contrato: La primera opción será a través de la publicidad, el contratante del comercio internacional realiza publicidad en un concreto país. En este caso la Ley del contrato será la Ley del país donde el sujeto realiza la publicidad puesto que es el país donde el sujeto espera prestar servicios. Otra opción de los contratantes es enviar una oferta a unos determinados profesionales de un concreto país a través de un contrato. En este caso se aplicará la Ley del país donde se dirige la oferta del contrato puesto que es el país más vinculado con el contrato. El problema se plantea cuando en el supuesto en concreto no existe ni publicidad ni oferta, es decir los dos son profesionales de la contratación internacional y no hay una previa “*Internacional Stream Of Commerce*”. Un sector doctrinal entiende que en estos casos “no existen elementos con potencial localizador fuerte” y por ello se pueden adoptar las siguientes soluciones: en último extremo las partes podrían volver a aplicar la Ley de la residencia habitual del prestador característico del art. 4.2 del Reglamento Roma I; sin embargo debemos entender que esta solución no es válida ya que el artículo 4.2 sólo se puede aplicar cuando el prestador característico es el único profesional de la contratación, lo más favorable para las dos partes será analizar el resto de datos del contrato más secundarios y por lo tanto independientes de la propia estructura del contrato como pueden ser: país de residencia, tipo de relación jurídica,

²⁰³CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Ley aplicable al contrato...”, op. cit., pp.78-79.

naturaleza de la prestación, lugar de ejecución y sobre esos datos aplicar la Ley del país más vinculado con el contrato²⁰⁴.

El concepto de prestación de servicios es un concepto autónomo ahora sí extraído del Reglamento 44/2001. Tiene cabida un concepto amplio: “comprende los contratos que generan tanto obligaciones de medios como de resultados. Comprende también los contratos que generan obligaciones tanto de hacer como de no hacer y los contratos que comportan la obligación de poner a disposición una cosa, como el préstamo. Por lo tanto el contrato de prestación de servicios no debe ser identificado exclusivamente con el contrato de arrendamiento de servicios”. Están excluidos los “contratos de compraventa y de cesión de derechos, pues constituyen contratos cuya finalidad principal es la transferencia de la propiedad o de las facultades dominicales sobre cosas o derechos²⁰⁵”. Podemos adelantar (puesto que será objeto de estudio en posteriores páginas con más profundidad) que todo lo anterior nos sirve para establecer que como en el contrato de cesión de créditos lo que se cede es la titularidad de un derecho no podemos encuadrarlo dentro del contrato de prestación de servicios y por lo tanto tendrá que regularse por el punto de conexión del artículo 4.2; es decir: Ley de la residencia habitual del prestador característico. Así pues en la mayoría de los casos será la Ley de la residencia habitual del cedente la que regule el contrato por ser el sujeto que realiza las prestaciones más complejas. Es decir la transmisión de la titularidad del crédito²⁰⁶.

²⁰⁴ *Ibidem*

²⁰⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 644; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.604. Para un estudio en mayor profundidad del concepto Vid. pp. 642-662 y pp. 603-630 respectivamente.

²⁰⁶ De igual forma GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 47. Compartimos la opinión de la profesora MANDALONIZ, al entender específicamente y en relación con el contrato de *factoring* que nos encontramos ante un contrato “financiero mercantil” y así ha sido recogido en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, donde se recoge esta figura dentro del Título VII “de los contrato financieros mercantiles”, Libro V, Capítulo VII “para las cesiones financieras de créditos”. Luego no compartimos la contradicción existente por un importante sector doctrinal al entender que el contrato de cesión de créditos no puede ser considerado un contrato de prestación de servicios al entender que “este contrato tiene por objeto cesión de derechos, pues constituyen contratos cuya finalidad principal es la transferencia de la propiedad o de las facultades dominicales sobre cosas o derechos”: Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 644; para afirmar en otra edición de la misma obra; (11ª ed., año 2010) concretamente en la p. 753 que el contrato de *factoring* puede ser subsumido dentro del artículo 4.1 b) del Reglamento Roma I. Entendemos que dicha postura sólo es entendible si con el contrato de *factoring* el factor asumiera la titularidad de los créditos ya que, como estudiaremos posteriormente la base del contrato de *factoring* es un contrato de cesión de créditos y previamente los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ habían indicado lo contrario. Podemos adelantarnos al capítulo correspondiente e indicar que en muchas ocasiones el factor o cesionario será el prestador característico por el tipo de funciones que lleve a cabo pero a nuestro juicio el

c) “El contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regulará por la ley del país donde esté situado el bien inmueble”. En este caso el Reglamento no aporta nada nuevo en relación con el Convenio de Roma. Sin embargo en este supuesto podemos ver la unidad existente entre *forum-ius* puesto que el Reglamento 44/2001 también hace competentes a los tribunales del lugar de situación del bien inmueble.

d) En el caso de un arrendamiento temporal de un bien inmueble (periodo máximo de 6 meses consecutivos) con fines de uso personal, se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en el mismo país. Este supuesto supone una excepción al anterior apartado puesto que cuando se cumplan los requisitos que predicen el artículo la Ley aplicable será la del lugar donde tengan la residencia habitual ambas partes. La finalidad de la norma es aplicar la “Ley más vinculada” con las partes, y no aplicar la Ley del país de situación del bien cuando sea el único vínculo existente con la norma. De nuevo es una solución recogida en el Reglamento 44/2001 pero en relación con la competencia judicial internacional. En este caso nos encontramos otra vez con la pretendida unidad *forum-ius*.

e) “El contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual”. Este apartado sirve para aclarar que el prestador característico será el franquiciado²⁰⁷.

f) “El contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual”. En este caso el distribuidor será el prestador característico²⁰⁸.

g) “El contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse”. La ley aplicable en

contrato de cesión de créditos y por ende el contrato de *factoring* no puede encasillarse dentro de una prestación de servicios; es algo más que eso.

²⁰⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., pp. 10-11.

²⁰⁸ *Ibidem*. Para un estudio en mayor profundidad de los contratos de distribución Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 192-195.

este caso responde a un puro razonamiento lógico, nos encontramos en mercados organizados y por lo tanto todos los intervinientes deberán ajustarse a las mismas reglas con independencia del lugar donde se encuentre la residencia habitual del vendedor. La coletilla final “si dicho lugar puede determinarse” está pensada para los supuestos de subastas realizadas a través de “plataformas electrónicas deslocalizadas”²⁰⁹.

h) “Los contratos de instrumentos financieros celebrados en mercados regulados ser regirán por la ley que regula el mercado”. La definición de lo que deba entenderse por mercado financiero ha sido extraída de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros²¹⁰. En el Considerando 18 del Reglamento Roma I se desarrolla lo que debe entenderse por “mercado financiero”: “Todo mercado financiero, comunitario o de un tercer Estado, equivalente a lo que en dicha Directiva se califica como <<mercados regulados>> o como <<plataformas multilaterales de negociación>>”. En este apartado tenemos que mencionar que en el texto de la Comisión si se incluía una referencia expresa a la propiedad industrial y a la propiedad intelectual. Finalmente se decidió suprimir la referencia anterior derivado de la imposibilidad “de encontrar una solución adecuada que satisficiera las distintas tipologías de casos que se han ido desarrollando en la práctica comercial”²¹¹.

Debemos finalizar el estudio del artículo 4.1 con el propósito de la norma²¹²: En primer lugar podemos afirmar que en determinados supuestos el artículo 4.1 del Reglamento Roma I tiene la intención de “favorecer a una de las partes del contrato”. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en los contratos de compraventa de

²⁰⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 11.

²¹⁰ Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo [Diario Oficial L 145 de 30.4.2004]

²¹¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 11.

²¹² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 630; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.585; estos autores indican que son puntos de conexión al margen del “principio de proximidad” CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 128; la citada autora entiende que la lista de los “ocho contratos” del Reglamento Roma I “presenta varias finalidades, similares a las presunciones del artículo 4 del Convenio de Roma”. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. LAGARDE, P., “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable...”, op. cit., pp. 339-340.

mercaderías, aplicar la Ley del país de residencia habitual del vendedor cuando este es prestador característico y la otra parte es un simple cliente favorece al prestador característico en detrimento del comprador. El vendedor está familiarizado con la Ley de su residencia habitual y por ello con la venta obtendrá beneficios y entendemos pocos costes, puesto que siempre le será aplicada la misma Ley con independencia del domicilio del resto de intervinientes. Por el contrario el comprador tendrá que averiguar de antemano la Ley de la residencia habitual del vendedor, lo cual le supondrá unos costes adicionales al contrato de compraventa. En ocasiones el problema aumenta puesto que puede suceder que el comprador no adoptara su comportamiento a la Ley del vendedor ya que se le aplica una Ley que desconoce. Por lo tanto se aplicará una Ley altamente previsible para una parte pero totalmente desconocida para la otra. “Privilegiar a una parte contratante sobre la otra es completamente artificioso y criticable pues muchas veces es el pagador el que más arriesga a nivel internacional y no tiene por qué conocer la Ley de la residencia habitual de la otra parte prestadora característica”²¹³. Lo mismo sucede en el caso del contrato de prestación de servicios; por otro lado debemos afirmar que la regulación del Reglamento favorece al regulación de los contratos de franquicia y de distribución entre otros.

Sin embargo, el artículo 4.1 en determinados supuestos introduce un equilibrio contractual al aplicar la Ley más previsible para ambos contratantes. Estamos haciendo referencia a los supuestos de derechos reales inmobiliarios o arrendamientos de bienes inmuebles, contratos de venta de bienes realizados en subasta, contratos celebrados en sistemas multilaterales de compra y venta de intereses financieros. En estos supuestos se aplica la Ley más vinculada con el contrato, es decir la Ley del país “donde se localiza el centro de gravedad del contrato” o la “Ley del país donde está la sede jurídica de la persona jurídica”²¹⁴.

Pero ¿por qué el legislador comunitario decidió elaborar esa lista con esos concretos ocho contratos? ¿No hubiera sido necesario elaborar una lista mayor?

²¹³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 630; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.585. ID., “Ley aplicable al contrato...”, op. cit., pp. 74-75. VISCHER, F., “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *E Pluribus Unum/Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520, con especial relevancia Vid. p. 509. De igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p. 128.

²¹⁴ *Ibidem*. Lo anterior se deduce del Considerando 16 del Reglamento Roma I.

Entendemos que al igual que se ha incluido en la lista de los “ocho contratos” el contrato de franquicia y el contrato de distribución, también se podrían haber incluido otros contratos sumamente frecuentes en el comercio internacional como pudiera ser el contrato de *leasing*, contrato de marca o patente y en relación a nuestro objeto de estudio el contrato de cesión de créditos y el contrato de *factoring* internacional entre otros. Un importante sector doctrinal entiende que la inclusión dentro del articulado del Reglamento Roma I de esos “ocho contratos” responde a varias finalidades²¹⁵:

La doctrina entiende que la finalidad de la inclusión de los “ocho contratos” dentro del artículo 4.1 responde a la necesidad de “automatizar la determinación de la Ley aplicable en la mayor parte de los contratos internacionales”. Se quiere “automatizar al máximo el razonamiento conflictual”. El legislador comunitario quiso establecer una serie de reglas lo más efectivas posibles para que los operadores económicos supieran de antemano la Ley aplicable a su contrato internacional, se potencia así el denominado “efecto útil” del artículo 4.1 del Reglamento. Los legisladores comunitarios tenían la intención de que sólo en casos secundarios las partes tuvieran que utilizar “métodos técnicos” y por ello más complejos para determinar la Ley aplicable a un contrato internacional. La finalidad última era eliminar al máximo posible los costes que la determinación de la Ley aplicable suponía en relación con las partes, favoreciéndose en mayor medida el comercio internacional. El legislador comunitario entendió que con esa lista de “ocho contratos quedaban cubiertos la mayor parte de los contratos de la práctica comercial internacional” y por ende los operadores económicos no tendrían problemas de cara a determinar la Ley aplicable²¹⁶. A nuestro juicio nada más lejos de la realidad, entendemos que la lista de los “ocho contratos” es una lista insuficiente, en todo caso los motivos para establecer la Ley aplicable a esos concretos contratos es otra:

El legislador incluyó dentro de la lista los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios por ser los contratos más habituales de la práctica comercial internacional con el objetivo de unificar la Ley aplicable y la competencia judicial

²¹⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 631-633; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp.586-589; de igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp.127- 128.

²¹⁶ *Ibidem*

internacional. El legislador comunitario adoptó la misma postura cuando redactó el Reglamento 44/2001 de cara a la determinación de la Competencia Judicial internacional en el ámbito comunitario. El artículo 5.1 del Reglamento 44/2001 (foro especial en razón de la materia) establece los tribunales competentes para esos contratos dependiendo del lugar de entrega o de la prestación de servicios con independencia de que lo incumplido hubiera sido el pago siempre y cuando el lugar pactado se encontrara dentro del territorio de la Comunidad Europea (o salvo el supuesto en el que las partes hubieran realizado un pacto de sumisión). En el Reglamento 44/2001 sucede lo mismo que con el Reglamento Roma I, el legislador hubiera podido incluir más contratos en el artículo 5.1 del Reglamento 44/2001 a parte del contrato de compraventa; sin embargo no fue así ya que los legisladores comunitarios consideraron al contrato de compraventa como el contrato más importante para promover el comercio internacional, entendían que el resto de contratos eran “accesorios” o secundarios del contrato de compraventa²¹⁷.

Si continuamos analizando la lista de los “ocho contratos” observamos como el legislador determina expresamente la Ley aplicable a un contrato altamente conocido en el comercio internacional como son los derechos reales inmobiliarios y los arrendamientos de bienes inmuebles. La necesidad de mención expresa derivaba del hecho de que no encajaban dentro de la categoría de compraventa de mercaderías ni dentro de la categoría de prestación de servicios²¹⁸. Basado en el planteamiento anterior debemos plantearnos la siguiente consideración: ¿No podrían tener cabida en este apartado el resto de contratos de sobra conocidos por los operadores internacionales que no pueden ser reconducidos dentro del concepto de prestación de servicios o de compraventa de mercaderías? Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos con nuestra materia objeto de estudio: la cesión de créditos y el contrato de *factoring* entre otros. La doctrina entiende que la mención expresa de los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles derivada del hecho de que en ocasiones aplicar la Ley del lugar de

²¹⁷ *Ibidem*, de igual forma Vid. LAGARDE, P., “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi”, op. cit., pp. 339-340. De nuevo podemos observar la indisoluble unidad entre los instrumentos internacionales, el estudio del Reglamento 44/2001 debe hacerse a la par con el Reglamento Roma I. Podemos afirmar que a pesar de que la Competencia judicial internacional y la Ley aplicable son cuestiones diferentes e independientes, una no tiene sentido sin la otra a la hora de cara a la satisfacción de nuestros intereses en un proceso.

²¹⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 632; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.587.

situación del bien inmueble *Lex rei sitae*, no implica aplicar la Ley más vinculada con el supuesto en los casos de arrendamientos temporales de bienes y por ello era necesario añadir una cláusula adicional derivada del hecho de la temporalidad del contrato, para aplicar la Ley más vinculada y más favorable para las partes como sucede con la Ley de la residencia habitual de ambas²¹⁹.

Todo lo anterior nos lleva a plantearnos el verdadero motivo de la no inclusión de la figura jurídica del *factoring* y en última instancia de la cesión de créditos dentro del artículo 4.1; debemos tener en cuenta que tanto en el contrato de *factoring* como en el contrato de cesión de créditos lo que se produce es una transferencia de derechos, compartimos la opinión de la doctrina más capacitada al entender que no tienen cabida dentro del concepto de prestación de servicios; los “contratos de compraventa y de cesión de derechos, pues constituyen contratos cuya finalidad principal es la transferencia de la propiedad o de las facultades dominicales sobre cosas o derechos”. En definitiva el contrato de cesión de créditos no está incluido dentro del concepto de prestación de servicios puesto que su “objetivo económico no es la prestación de un servicio sino la transmisión de la titularidad de un derecho²²⁰”. Un cualificado sector doctrinal entiende que los contratos de cesión de derechos (cesión de créditos y *factoring*) así como los contratos de cesión de acciones no pueden ser regulados por el artículo 4.1 y por lo tanto la Ley aplicable a este tipo de contratos vendrá determinada por las presunciones contenidas en el artículo 4.2 del Reglamento Roma I, en definitiva se aplicará la Ley del país de la residencia habitual de la parte que tiene que realizar la prestación característica²²¹.

La finalidad de la inclusión del contrato de franquicia y de distribución dentro del listado del artículo 4.1 es evidente puesto que en estos casos nos encontramos ante contratos en los que todas las partes de la relación jurídica “prestan servicios y se transmiten mercaderías el uno al otro”. Si no se hubieran recogido de forma expresa hubiera existido discrepancia entre las legislaciones de los Estados miembros a la hora de determinar quien es el prestador característico, pudiendo variar de un Estado a otro y

²¹⁹ *Ibidem*

²²⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp.643-644; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.604.

²²¹ *Ibidem*, pp. 670 y 647 respectivamente. Nosotros compartimos tajantemente esta opinión.

por ello se podrían llegar a soluciones contradictorias. “Los tribunales de los Estados miembros hubieran entrado en *shock* anafiláctico: algunos tribunales hubieran estimado que el prestador característico de servicios era el distribuidor o el franquiciado y otros que el fabricante o el franquiciador²²²”

En último lugar debemos afirmar que la inclusión de los contratos de venta de bienes mediante subasta y otros contratos financieros celebrados en mercados regulados era necesaria, ya que de no estar regulados por el artículo 4.1 se regirían por el artículo 4.3 y por ende a los citados contratos le sería de aplicación la Ley de residencia habitual del vendedor de los objetos subastados o transmitente de los activos financieros. Y por lo tanto no se aplicaría la Ley más vinculada con el litigio puesto que la Ley de residencia habitual del vendedor es una Ley no conocida en la mayoría de las transacciones comerciales realizadas a través de esa vía²²³.

Concluimos el estudio del artículo 4 en su apartado primero con la siguiente afirmación: la lista de los “ochos contratos” en ocasiones puede ser escasa y por ello hubiera sido necesario incluir más contratos, especialmente aquellos que no pueden considerarse ni prestación de servicios ni compraventa de mercaderías; como podrían ser los contratos de cesiones internacionales de créditos y contratos de *factoring*, *leasing* y contratos de marcas y patentes. De igual forma debemos tener en cuenta que todos los contratos incluidos dentro de la lista responden a una finalidad concreta; abarcar el máximo número de supuestos en los que la Ley aplicable a un contrato internacional se determina de forma ágil, veloz y sin ningún tipo de complicaciones, fomentándose la contratación internacional y favoreciendo siempre la previsibilidad de la ley aplicable de cara a los contratantes y en último extremo la minoración de los litigios en este ámbito²²⁴.

²²² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.632; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.589.

²²³ *Ibidem*

²²⁴ *Ibidem*. De igual forma Vid. REQUEJO ISIDRO, Marta., *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Estudios de Derecho Internacional Privado: Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 180, la citada autora indica que: “La identificación de la Ley aplicable en materia de cesión debe responder, como en el resto de los negocios internacionales, a la necesidad de previsibilidad: las partes implicadas, previendo el derecho aplicable, pueden llevar a cabo una planificación u otra de sus estrategias negociales. A ello se añade, en una perspectiva más amplia que engloba el comercio internacional como actividad, que sería incongruente consagrar como norma de conflicto una que

ii) Residencia habitual del prestador característico (art. 4.2)

Las presunciones del artículo 4.2 están indicadas en los siguientes supuestos: en defecto de pacto de elección de Ley por partes, también en el supuesto en el que nos encontremos ante un contrato que no pueda ser incluido dentro de la lista del artículo 4.1; y en último extremo para el supuesto de contratos que puedan ser incluidos o subsumidos en varias de las categorías contenidas en el artículo 4.1 provocando esta doble calificación un resultado incompatible; sólo en esos supuestos se aplicará el “principio general”: el contrato se regulará por la “ley del país donde la parte que deba realizar la prestación característica del contrato tenga su residencia habitual”. Todo lo anterior nos sirve para afirmar que el artículo 4.2 es un precepto subsidiario puesto que sólo se podrá aplicar cuando no se pueda aplicar al contrato internacional ni el artículo 3 ni el artículo 4.1 del Reglamento Roma I²²⁵.

Debemos comenzar el análisis del artículo 4.2 con el estudio de los tipos de contratos a los que se aplica: El artículo 4.2 en primer lugar podrá aplicarse a todos los contratos no regulados en el artículo 4.1. Como ejemplo de lo anterior podemos citar los siguientes: Contratos de licencia de derechos de propiedad intelectual e industrial, contrato de venta de establecimiento mercantil o de empresa, contrato de opción, contrato de licencia de uso de Software a empresa... En lo que a nuestro objeto de estudio tiene especial trascendencia en relación con la cesión de créditos y el contrato de *factoring*²²⁶; ya que dentro de este apartado tendrían cabida los contratos de cesión de derechos y de acciones; y como hemos indicado anteriormente el contrato de cesión de créditos consiste en la facultad que tiene el cedente (acreedor) de transmitir la titularidad de un derecho de crédito a otro sujeto (cesionario) frente al deudor. El contrato de cesión de créditos no es una prestación de un servicio puesto que en este caso sólo se transmite la titularidad de un derecho. Pero sí que será aplicable el artículo

imposibilite la finalidad económica reconocida hoy a la cesión: facilitar la circulación de créditos a bajo coste. Ello debe tenerse especialmente presente en el caso de cesiones de créditos futuros o globales”.

²²⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.670; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.642.

²²⁶ En este apartado realizaremos una breve reseña en relación al contrato de cesión de créditos y en relación al contrato de *factoring* puesto que será objeto de estudio con mayor profundidad dentro del artículo 14 del Reglamento Roma I. Además el contrato de *factoring* será objeto de estudio en un capítulo posterior.

4.2 al existir una persona que realiza la prestación característica en definitiva la más compleja. Compartimos la opinión de un importante sector doctrinal al entender que el prestador característico en el contrato de cesión de créditos es el cedente, ya que es el sujeto titular de los créditos que se transmiten y por ello el sujeto que transfiere la propiedad de ese derecho de crédito; así pues es el sujeto “que realiza la prestación más compleja”. Mayores problemas se plantea a la hora de determinar qué sujeto es el prestador característico en las operaciones de *factoring* internacional, podemos adelantar (será objeto de estudio específicamente en posteriores capítulos) que en el contrato de *factoring* en ocasiones el prestador característico deja de ser el cedente o cliente; ya que en determinados supuestos el sujeto que realiza la prestación más compleja es el *factor* o empresa de *factoring*”; todo dependerá del tipo de contrato de *factoring* con el que nos encontremos ²²⁷.

²²⁷ Como hemos afirmado anteriormente no existen mayores problemas a la hora de afirmar que el prestador característico en el contrato de cesión de créditos es el cedente, sin embargo en relación con el contrato de *factoring* deberemos analizar el concreto contrato de forma individualizada, es decir todo dependerá del tipo de *factoring* (objeto de estudio de posteriores capítulos) de cara a averiguar quien es el prestador característico; lo más lógico es entender que sea la empresa de *factoring* o el *factor* y no el cedente. Existe discrepancia en la doctrina Vid. GARCÍA MANDALONÍZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., pp. 47-48: “A fin de determinar la ley aplicable en función de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica. Roma I ha propuesto una reformulación de la ambigua locución <<prestación característica >>. Si bien hay que seguir atendiendo a la prestación no dineraria en el contrato simples sinalagmáticos, para los supuestos de contratos mixtos el Considerando 19º exige que la prestación característica se determine <<en función de su centro de gravedad>>, erradicado en aquellas <<prestaciones más complejas>>. Si la figura contractual del *factoring*, sustentada en una cesión de créditos, fuera únicamente una cesión, la propia operación de cesión sería entendida como la prestación más compleja y, por ende, el acreedor-cedente calificado como prestador característico. Así sería, en efecto, cuando el contrato fuera en puridad solo de cesión de créditos, sin más añadidos. Pero, añadidos suele haber muchos y muy variados en el contrato de *factoring*. El cúmulo y la diversidad de operaciones que está capacitado para realizar el factor-cesionario conduce a pensar que son las suyas las prestaciones más complejas y, por tanto, las características (...).” De igual forma Vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles., “Contrato internacional de *factoring*” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 311, la citada autora en relación con el Convenio de Roma indica: “(...) Siendo la prestación característica en el contrato de *factoring* la transmisión de los créditos, la Ley aplicable a este contrato es la Ley del país de la sede del establecimiento del cedente”. No compartimos con rotundidad la opinión de las dos autoras anteriores: la opción es totalmente válida para el supuesto de un contrato de cesión de créditos, mayores problemas se plantean en el contrato de *factoring*. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. “RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “El *factoring* internacional...”, op. cit., p. 606 donde indica (en relación con el Convenio de Roma) que la “entrega de los créditos se podría considerar sólo como un instrumento necesario para que las partes puedan cumplir con sus obligaciones, no como prestación a desarrollar por una de las partes, lo cierto es que es el elemento que da razón de ser a este tipo contractual, es el factor que crea este contrato especial. Desde esta perspectiva podría pensarse que la cesión de los créditos por parte del proveedor es la prestación que caracteriza al contrato de *factoring*, porque es realmente la prestación que distingue a este contrato de los otros tipos de contractuales. Sin embargo, si consideramos que la cesión de los créditos sólo es un elemento necesario para el perfeccionamiento del contrato, las prestaciones que conforman la relación jurídica serían la de financiación y/o aseguramiento del riesgo, por parte del cesionario y la del pago del servicio, por parte del cedente”. La citada autora concluye el artículo con la siguiente conclusión realizada en la p. 614 con la que estamos totalmente de acuerdo: “La prestación característica en los contratos de *factoring* internacional no es la cesión de los créditos, sino las funciones que desarrolla el factor, sean las

Podemos definir el contrato de *factoring* como una cesión global de créditos. En la mayoría de los casos los contratos de *factoring* se llevan a cabo derivado del hecho de que una empresa tiene una importante clientela, sin embargo el problema se plantea cuando esta clientela no paga²²⁸. En ese caso la empresa acreedora decide transmitir sus créditos a otra empresa o a un sujeto llamado *factor*. El *factor* es una empresa especializada en el cobro de créditos con independencia del país de situación de los incumplidores del pago. Esta empresa tendrá como función realizar todas las gestiones en relación con los créditos, además de intentar cobrarlos²²⁹; a cambio de lo cual el cedente estará obligado a pagar una “suma económica” a la empresa de *factoring*. La finalidad del contrato es que el cedente “se olvide” en la medida de lo posible de los créditos impagados derivando el problema al factor. De nuevo aquí será aplicable el

que sean, ya que, a cambio del cumplimiento de las mismas, el proveedor se encarga de pagarle la cantidad de dinero convenida”. Compartimos la opinión de la profesora RODRÍGUEZ RODRIGO al entender que el contrato de *factoring* el *factor* y en su caso la empresa de *factoring* es la que realiza las funciones más complejas, además de ser la prestación por la que el cedente debe el pago. De forma coincidente con o anterior Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., HEREDIA CERVANTES, Iván., “La cesión de créditos: reflexiones sobre los problemas de ley aplicable” en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, Fascículo III, Julio-Septiembre 2003, Madrid, BOE, p. 972: “La prestación característica no es necesariamente la del cedente, sino la que lo sea conforme al contrato base. En los casos de permuta de créditos (p.ej., *swaps*), en principio, no hay prestador característico, por lo que se debe acudir directamente a la cláusula general; en los contratos de *Factoring (one factor system)*, existe cierta unanimidad a la hora de identificar a ésta y no al cliente como aquella parte a quien corresponde la prestación característica del contrato”. De igual forma Vid. REQUEJO ISIDRO, MARTA., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 182; la citada autora indica que: “En la cesión en un contrato de *factoring*, que responde ya a la idea de contrato atípico y complejo, es opinión mayoritaria la de que se aplicará la ley del establecimiento de la empresa de *factoring*, que es el cesionario, porque normalmente tiene a su cargo una serie de prestaciones que son la que caracterizan y permiten identificar el contrato...” Es importante vid. la nota al pie número 438 donde se indican el resto de autores que apoyan dicha opción. El escollo principal se plantea con el informe GIULIANO, M., LAGARDE, P., en concreto en su página 20 donde se indica que: “Identifying the characteristic performance of a contract obviously presents no difficult in the case of unilateral contracts. By contrast, in bilateral (reciprocal) contracts whereby the parties undertake mutual reciprocal performance, the counter-performance by one of the parties in a modern economy usually takes the form of money. This is not, of course, the characteristic performance of the contract. It is the performance for which the payment is due, (...) which usually constitutes the centre of gravity and the socio-economic function of the contractual transaction”. Por otro lado y en desacuerdo con lo anterior Vid. CARRILLO POZO, L.F., *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza: Cometa, 1994, pp. 71 y ss. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.729; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 719, los citados autores indican que: “El contrato de *factoring* se rige por la Ley elegida por las partes, y a falta de Ley elegida, el contrato de *factoring* se rige por la Ley del país donde tiene su sede la empresa acreedora cedente de los créditos, que es la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 RR-I)”.

²²⁸ Estamos haciendo referencia a una función general puesto que el resto de funciones que pueden llevar a cabo las empresas de *factoring* serán objeto de estudio en el capítulo correspondiente.

²²⁹ Estamos haciendo referencia a las funciones generales sin embargo en ocasiones la empresa de *factoring* puede realizar otro tipo de prestaciones las cuales serán objeto de estudio en el capítulo correspondiente.

Reglamento Roma I, en caso de que las partes hubieran hecho uso de su facultad de elección de Ley se aplicará ésta en defecto del artículo 3 se aplicará el artículo 14 del Reglamento Roma I el cual hace aplicable al contrato de *factoring* la Ley del país la Ley del país de residencia habitual del prestador característico y por ello el artículo 4.2 del Reglamento Roma I (a semejanza del contrato de cesión de créditos)²³⁰. Como hemos avanzado anteriormente, el principal escollo se plantea con los supuestos en los que en el contrato de *factoring* el prestador característico no es el cedente y sí la empresa de *factoring* o el factor, por ser el sujeto que debe realizar la prestación por la que se debe el pago y por ello quien realiza la prestación más compleja. Lo más lógico en estos supuestos es aplicar la Ley más previsible para las partes y en cierto modo podemos considerar como tal la Ley de la residencia habitual de la empresa de *factoring*. El cedente transmite “la clientela morosa” a esa concreta empresa o al *factor* a cambio de una suma de dinero, se “despreocupa” del cobro de los créditos y por ello ya no tiene mayores riesgos, prácticamente desaparece de la relación jurídica. Llegados a este punto el cedente de los créditos podrá prever que en caso de litigio con el *factor* o con la empresa de *factoring* la Ley aplicable sea la Ley de la residencia habitual de esa persona jurídica. En el supuesto de que fuera aplicable al caso concreto una Ley no suficientemente vinculada con el litigio podríamos aplicar otra Ley más vinculada con el supuesto aplicando la “cláusula de excepción” del artículo 4.3; y sólo cuando fuera imposible averiguar quién es el prestador característico o incluso para los supuestos en los que sí sabemos quién es el prestador característico, pero es imposible averiguar el lugar de su residencia habitual tendríamos que aplicar la cláusula de cierre contenida en el artículo 4.4 del Reglamento Roma I; aplicándose finalmente la Ley más vinculada al supuesto obtenida tras el análisis de otros elementos del contrato como pueden ser: domicilio de las partes, lugar de celebración y de ejecución del contrato, tipo contractual, idioma, si existe una cláusula de sumisión expresa a favor de unos concretos tribunales...

El segundo grupo de contratos a mencionar sería aquel grupo en relación a los cuales el Reglamento Roma I no puede operar “por motivos técnicos”. Son los

²³⁰ *Ibidem*, p. 729 y p. 719. En relación con el contrato de *factoring* debemos tener en cuenta que existe El Convenio de UNIDROIT sobre *factoring* internacional realizado en Ottawa el 28 de mayo de 1988. El citado Convenio no ha entrado en vigor para España (será objeto de estudio en posteriores capítulos). Tanto el contrato de cesión de créditos como el contrato de *factoring* será objeto de estudio en posteriores páginas, tras el análisis del concepto de prestación característica y del resto de puntos de conexión del artículo 4 del Reglamento Roma I.

supuestos de contratos relativos a bienes inmuebles situados fuera de zonas donde la soberanía de un concreto Estado no queda del todo clara ya sea por un conflicto bélico o por “cambios de resultado incierto”. Otro supuesto que quedaría cubierto por este apartado serían los contratos de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios en los que es imposible determinar el lugar de residencia habitual del prestador del servicio o del vendedor al tiempo de celebración del contrato²³¹.

El tercer tipo de contratos en los que el artículo 4.1 no puede operar son el supuesto de contratos “mixtos o complejos”. El Considerando 19 del Reglamento Roma I se refiere a este tipo de contratos al indicar que: “en el caso de que el contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad”²³².

Para poder calificar a un contrato como mixto o complejo deberá atenderse a la “finalidad del contrato”. Si el contrato contiene derechos y obligaciones derivados de varios contratos típicos podemos entender que tiene “finalidades económicas diferentes”, en este caso no tendremos que diferenciar la prestación principal del contrato sino que simplemente tendremos que averiguar cuál es su finalidad económica. “Solo cuando el contrato persigue al mismo tiempo <<finalidades patrimoniales distintas>>, propias de contratos típicos distintos, debe entonces ser considerado como un contrato mixto o complejo y debe ser regulado por la Ley designada por el artículo 4.2 del Reglamento Roma I”²³³. Como ejemplos de contratos mixtos o complejos podemos citar los siguientes: Contrato de concesión donde se incluye también un contrato de venta de mercaderías, contrato en el que las partes pactan un intercambio de prestaciones, contrato de *leasing* (contrato de arrendamiento con opción de compra)²³⁴...

²³¹ *Ibidem*, pp. 675-676 y pp. 649-650.

²³² *Ibidem*, de igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. pp.121-122.

²³³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 676-677; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.650-653.

²³⁴ *Ibidem*. De igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit. p.127. Sin embargo en relación con el contrato de *factoring* no entendemos el razonamiento de la profesora CASTELLANOS, la citada autora entiende que la determinación de la Ley aplicable al contrato de *factoring* debe realizar por a través del artículo 4.2 (hasta este momento del todo de acuerdo) sin embargo la profesora CASTELLANOS indica que esto se debe a que el contrato de

Para seguir desarrollando el artículo 4.2 debemos analizar los siguientes conceptos: el concepto de “residencia habitual” y el de “prestación característica”. En relación con el concepto de “residencia habitual” debemos tener en cuenta que el Reglamento Roma I establece un concepto de “residencia habitual” mucho más específico del establecido en el Convenio de Roma²³⁵. El artículo 19 y el Considerando 39 indican que estamos en presencia de un elemento de enorme importancia de cara a la determinación de la Ley aplicable en relación con los contratos excluidos de esa “lista de ocho”. De nuevo en el Considerando 39 podemos observar la relación existente entre la Competencia judicial internacional y la Ley aplicable; es decir entre el Reglamento 44/2001 y el Reglamento Roma I, en el citado Considerando se viene a indicar que: para garantizar el principio de seguridad jurídica dentro de la comunidad “es necesario una definición clara del concepto de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas” de forma contraria a lo establecido en el artículo apartado primero

factoring al igual que el contrato de *leasing* “son contratos complejos, formados por varios modelos de contratos tipo, por lo que, salvo que las partes dispongan otra cosa, cada contrato se regula por su Ley”. No existe mayor problema en relación con el contrato de *leasing* puesto que como muy bien expresa la citada autora nos encontramos ante dos posibles contratos: el de arrendamiento financiero y el de compra “con lo cual el contrato puede verse regulado por dos leyes distintas si al final se hace uso de la opción de compra”. Sin embargo entendemos que esa no es la verdadera razón de la exclusión en relación con el contrato de *factoring*, puesto que como hemos explicado anteriormente el contrato de *factoring* y en su caso el contrato de cesión de créditos no puede ser incluido dentro de la “lista de ocho contratos” contenida en el artículo 4.1 por la propia naturaleza del contrato; esto es la cesión de derechos, y más concretamente la transmisión de la titularidad de un derecho. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.670 y p. 728; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.644 y p. 718: “En virtud de este contrato una persona transmite a otra la titularidad de ciertos derechos y/o el derecho a ejercitar determinadas acciones de los que es titular contra un tercero, a cambio de un precio cierto en dinero o signo que lo represente. No se trata de un <<contrato de prestación de servicios>> y por lo tanto el artículo 4.1 b) RR-I no es aplicable. Tampoco se trata de un contrato de <<compraventa de mercancías>> y por lo tanto, el artículo 4.1 a) tampoco es aplicable...” Dicha definición está incluida dentro del primer grupo de excepciones, es decir “contratos no incluidos dentro del artículo 4.1” y nada se dice de esta figura jurídica en el tercer supuesto excepcional, es decir en el grupo de “contratos complejos o mixtos”. Debemos tener en cuenta que la definición coincide con el contrato de cesión de créditos.

²³⁵ Para un estudio en mayor profundidad del concepto de residencia habitual del cedente Vid. DE CÁRDENAS SMITH, Carlos., KIENINGER, Eva María., SIGMAN, C. HARRY., “La propuesta de Reglamento Roma I y la cesión de créditos”, en *Diario la Ley* nº 6523, 11 Jul. 2006, ref. D-167, pp. 1368-1378. El problema que presenta el citado artículo es que en el momento en que se publica solamente existía una Propuesta de Reglamento Roma I: COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD) de 15 de diciembre de 2005; por lo que el articulado al que hacen referencia los autores fue modificado notablemente en la redacción final. En el citado artículo se indica que: “El artículo 18 del Reglamento se construye sobre el concepto de <<residencia habitual>>. Distingue, a su vez, entre cedentes que sean personas físicas y cedentes que no lo sean. Asumimos que ambas categorías pretenden ser excluyentes entre sí, y combinadas, comprensivas de todos los tipos de cedentes. Respecto de la primera categoría, las personas físicas, se establece dos puntos de conexión, uno explícito y otro implícito. Para la segunda categoría se establece un único punto de conexión, pero sujeto a dos excepciones, lo que supone la existencia de otros dos puntos de conexión alternativos dentro de esta segunda categoría...”

del artículo 60 del Reglamento 44/2001 en donde se establecen tres criterios diferentes para determinar el domicilio de las personas jurídicas. Se entiende que de cara a la determinación de la Ley aplicable será necesaria la existencia de un único criterio para garantizar la previsibilidad de la Ley aplicable a las partes²³⁶.

A la hora de analizar el artículo 19 del Reglamento Roma I debemos analizar el momento en el que debe precisarse la “residencia habitual” será al tiempo de celebrarse el contrato²³⁷. Por lo tanto se evitan todos los problemas de “conflicto móvil”, en definitiva el cambio de residencia de las partes no afectará a la Ley que regulará el contrato²³⁸. El artículo 19 en su apartado primero distingue los siguientes supuestos: En primer lugar se distingue la “residencia habitual” de las Sociedades, asociaciones o personas jurídicas (art. 19.1.I). Se entenderá que tienen su “residencia habitual” donde se encuentre su “administración central”²³⁹. Esta solución es igual que la acogida en el artículo 3.1 del Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia. El concepto de “administración central” refuerza la “seguridad jurídica” de las partes puesto que es un lugar previsible para ellas; es el lugar “donde se toman las decisiones que afectan a la empresa como unidad económica: Se trata de un lugar fácilmente perceptible por terceros, lo que refuerza la idea de “seguridad en la determinación de la Ley aplicable al contrato”. “El centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros”. El artículo 19 del

²³⁶ DOUE L 177/6 Reglamento CE Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en concreto Vid. p. 4.

²³⁷ RODRÍGUEZ RODRIGO; Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., p. 197; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “Capítulo VI: Contratos de distribución internacional...”, op. cit. p. 239. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 678-680; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 653-654; en relación con el Convenio de Roma Vid. D. “Ley aplicable al contrato...”, op. cit., p. 72.

²³⁸ *Ibidem*

²³⁹ DE CÁRDENAS SMITH, Carlos., KIENINGER, Eva María., SIGMAN, C. HARRY., “La propuesta de Reglamento Roma I...”, op. cit. p. 1370. Como hemos comentado anteriormente los citados autores mencionan el artículo 18 de la Propuesta del Reglamento donde el concepto de residencia habitual del cedente que no era persona física ya coincidía con el concepto final aportado por el Reglamento: “a efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica estará donde esté situada su administración central”. Como indican los autores anteriores con la definición de este concepto empezaron los problemas puesto que la versión inglesa introduce el concepto “*principal establishmnet*”, compartimos la opinión de estos autores al entender que no se trata de un error de traducción o redacción y por lo tanto lo más lógico hubiera sido utilizar el concepto “*place of central administration*” para garantizar la coordinación entre las versiones españolas, francesas y alemanas, así como la coherencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de créditos en el comercio internacional (la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la citada Convención el 12 de diciembre de 2001. Todavía no ha entrado en vigor aunque sí ha entrado en vigor para algún Estado miembro de la Comunidad Europea como Luxemburgo).

Reglamento Roma I implica un avance en relación al concepto de domicilio recogido en el artículo 60 del Reglamento 44/2001 puesto que en este caso el domicilio será siempre el mismo, el lugar de la “administración central” de la empresa al tiempo de celebrarse el contrato y por ello las partes sabrán de antemano cuál es la Ley aplicable garantizándose la previsibilidad de la misma²⁴⁰.

El segundo supuesto que establece el artículo 19.1 en su apartado II es lo que debe entenderse por “residencia habitual” de una persona física que realice actividades profesionales. Para este supuesto se entenderá por “residencia habitual el lugar del establecimiento principal”. Si en el caso en concreto la persona física posee diferentes establecimientos y agencias y por ende resulta prácticamente imposible distinguir el principal se podrá recurrir a la regla contenida en el artículo 19.2 del Reglamento Roma I, es decir: se entenderá residencia habitual el lugar de situación de la agencia o establecimiento que esté realizando la operación es decir que esté prestando el servicio²⁴¹.

El tercer supuesto se encuentra regulado en el artículo 19.2 del Reglamento Roma I, este supuesto hace referencia a los contratos celebrados “en el curso de una sucursal,

²⁴⁰ *Ibidem*. Como explicamos en el Capítulo II, el artículo 60 del Reglamento 44/2001 establece que para determinar la competencia de los tribunales en relación con un litigio contractual, se entenderá que las personas están domiciliadas donde tengan su administración central, sede social o su centro de actividades principales. Esto implica que pueden ser competentes en relación con un mismo litigio tribunales de diferentes Estados, lo cual implicaba un perjuicio para las partes de cara a la previsibilidad del tribunal competente y por lo tanto en la práctica internacional podría suceder que el tribunal que estuviera conociendo del asunto no fuera el más vinculado con el supuesto. También compartimos la opinión de GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 12: “(...) La redacción de este precepto toma el molde de la regla paralela contenida en el Reglamento Roma II (artículo 23)”. El “error” del triple criterio del domicilio de las personas jurídicas ya fue subsanado en el artículo 23 del Reglamento CE 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) Vid. DOUE 199/40 de 31 de julio de 2007; el artículo 23 indica “la residencia habitual de una sociedad, asociación y persona jurídica será el lugar de su administración central”. De igual forma pero en relación con los contratos de distribución Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 195-197.

²⁴¹ *Ibidem*. En este punto nos encontramos de nuevo ante un avance en relación con el Convenio de Roma puesto que el artículo 19 en su apartado segundo supone una “corrección” del artículo 4.2 in fine del Convenio de Roma (el citado artículo entendía que el contrato tenía los vínculos más estrechos con el país donde el prestador característico-si es persona jurídica- tenga su administración central) con la finalidad de ser más específicos en la determinación de la residencia habitual y por lo tanto de localizar el lugar de actividad de forma exacta. Nos encontramos con conceptos cerrados y por lo tanto como indican los citados autores son “conceptos fácticos”, sólo podrá admitirse la definición elaborada por el Reglamento, en ningún momento las partes podrán acudir a la noción elaborada en el correspondiente derecho interno. De igual forma DE CÁRDENAS SMITH, Carlos., KIENINGER, Eva María., SIGMAN, C. HARRY., “La propuesta de Reglamento Roma I...”, op. cit. p. 1371: Los citados autores equiparan residencia habitual de la persona física con el establecimiento.

agencia o cualquier otro establecimiento”; en estos casos se entenderá que la “residencia habitual” se encontrará en el “lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado”. Lo anterior también será aplicable al supuesto en el que la prestación del contrato se deba realizar en una concreta “sucursal, agencia o establecimiento”²⁴². En este apartado podemos observar de nuevo la relación de complementariedad existente entre el Reglamento Roma I y el Reglamento 44/2001; puesto que el artículo 19.2 del Reglamento Roma I “utiliza los mismos conceptos que el Reglamento 44/2001: sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento secundario”. Luego siempre se deberán interpretar “de forma uniforme”²⁴³. En relación con el establecimiento secundario debemos dejar constancia de que se trataría de los supuestos en lo que la prestación debe ser llevada a cabo en ese concreto establecimiento secundario y además también hablaríamos de establecimiento secundario en aquellos supuestos en los que la sucursal, agencia o establecimiento simplemente procede como un mero intermediario entre la empresa principal o “matriz y el tercero contratante y la obligación contractual debe ser cumplida en otro lugar” como puede suceder con el lugar de situación de otro establecimiento no principal y por lo tanto secundario²⁴⁴. En ocasiones pueden plantearse la siguiente situación: que la prestación que da origen al contrato se haya realizado en diferentes establecimientos secundarios; en estos casos se entenderá que la “residencia habitual” pertenecerá al establecimiento que haya actuado en mayor medida de cara a la concreta prestación²⁴⁵.

El cuarto y último supuesto a mencionar será el caso en el que las partes del contrato son personas físicas no profesionales de la contratación internacional, el Reglamento

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Los contratos internacionales...*, op. cit., p. 196. Como establece la citada autora para definir los citados conceptos es de vital importancia en este ámbito es la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de noviembre de 1978, *Somafer* (as. C-33/78), Rec. 1978, concretamente la p. 02183 el apartado 12. Donde se establece una definición de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento: “supone un centro de operaciones, que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una empresa principal, dotado de una dirección y materialmente equipado para poder realizar negocios con terceros, de tal modo que éstos, aun sabiendo que eventualmente se establecerá un vínculo jurídico con la empresa principal, cuyo domicilio social se halla en el extranjero, quedan dispensados de dirigirse a ella directamente, y pueden realizar negocios en el centro operativo que constituye su prolongación”.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 197. Lo anterior se desprende de la lectura de la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 6 de abril de 1995; *Lloyd's* (as. C-439/93) en concreto Vid. apartados 19 y 20 de la p. I-00961.

²⁴⁵ *Ibidem*. De igual forma GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “The Rome I Regulation...”, op. cit., p.70.

Roma I no ha regulado dicha posibilidad por lo tanto la noción deberá extraerse de las nociones de los derechos nacionales. En nuestro caso el artículo 40 del C.c.²⁴⁶.

Una vez analizado el concepto de “residencia habitual” debemos aclarar el concepto de “prestación característica”; compartimos la opinión de un concreto sector doctrinal al entender que el concepto de “prestación característica” establecido en el Reglamento Roma I tiene un carácter “residual y excepcional”. En todo caso hay que tener en cuenta que al contrato internacional le será de aplicación la Ley del país de residencia habitual del prestador característico²⁴⁷. Podemos realizar las siguientes divisiones de cara a determinar la prestación característica: Para el supuesto de contratos sinalagmáticos, es decir aquellos en los que se produce un “intercambio de cosa o actividad por dinero” la prestación característica será la “no dineraria”; por el contrario para el resto de prestaciones (este sería el supuesto de la cesión de créditos y del contrato de *factoring*), especialmente para el supuesto de “contratos mixtos o complejos” se entenderá que la prestación característica deberá determinarse en función de su “centro de gravedad”; así se desprende del Considerando 19 del Reglamento Roma I²⁴⁸. Por ello la “prestación característica será la más complicada, más compleja, la que comporta mayores y/o más gravosas obligaciones”. En definitiva, para determinar cual es la “prestación característica” de un concreto contrato tendremos que analizar las prestaciones de ambas partes²⁴⁹.

El problema se plantea a la hora de definir lo que deba entenderse por “centro de gravedad”; en la mayoría de los supuestos concretos se solucionan acudiendo a la prestación más compleja, los mayores problemas se plantean en relación con los

²⁴⁶ El artículo 40 del C.c. indica que se considerará como domicilio de las personas jurídicas el lugar donde tenga su residencia habitual. Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 678-680; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 653-654.

²⁴⁷ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable..., op. cit. p.121. Para un estudio en mayor profundidad de la prestación característica Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “La lucha por la prestación característica...”, op. cit. pp. 397-420; ID., “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 87-119; ID., “La lucha por la prestación característica (I)...”, op. cit., pp. 412-433.

²⁴⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 680-681; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 654-656; ID., pero en relación con el Convenio de Roma Vid. “Ley aplicable al contrato...”, op. cit., pp. 72-76. De igual forma CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable..., op. cit. p.122.

²⁴⁹ *Ibidem*

contratos atípicos; el Considerando 17 del Reglamento Roma I indica que el “centro de gravedad” deberá determinarse analizando las prestaciones entre las partes, en definitiva dependerá del intercambio de las prestaciones. En relación con la cesión de créditos, como ya hemos afirmado en las anteriores páginas el prestador característico será el cedente, puesto que la prestación más importante en estos casos es la transmisión de los derechos, en nuestro caso la transmisión del derecho de crédito²⁵⁰. Sin embargo, todo dependerá del caso en concreto y en definitiva del contrato del que trae causa. Puesto que en algunos supuestos la residencia habitual del prestador característico puede que no sea la más vinculada con el supuesto; en esos casos lo más lógico es aplicar la presunción contenida en el artículo 4.3 como cláusula de excepción. Como hemos mencionado en las anteriores páginas, mayores problemas se plantean a la hora de determinar quien es el prestador característico en los contratos de *factoring* internacional, podemos adelantar que en estos casos a veces el cedente no es el prestador característico y si lo sea el *factor* por ser el sujeto que realiza las prestaciones más complejas. Todo dependerá del supuesto en concreto y del tipo de *factoring* con el que nos encontremos, en todo caso una vez más debemos tomar en consideración que para el supuesto en el que sea muy difícil o prácticamente imposible averiguar quién es el prestador característico; o incluso para los supuestos en los que sí se ha averiguado quien es el prestador característico pero es muy complicado determinar su residencia habitual, se podrá aplicar al artículo 4.4 del Reglamento Roma I como cláusula de cierre y por ello se aplicará la Ley del país más vinculado con el supuesto tras el análisis del resto de elementos del contrato²⁵¹.

1.4 Ley aplicable en defecto de elección: cláusula de excepción (art. 4.3)

El artículo 4.3 del Reglamento Roma I establece que “si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de ese otro país”. El propio artículo deja entrever la excepcionalidad del supuesto, puesto que como indica el apartado tercero del artículo 4, sólo cuando el contrato “presente vínculos más estrechos” con un concreto país deberá aplicarse la Ley

²⁵⁰ *Ibidem*

²⁵¹ En este punto damos por reproducidas todas las consideraciones realizadas en la nota al pie número 223.

de ese concreto país. Luego la verdadera intención del artículo 4.3 es garantizar la “voluntad” del legislador comunitario; los contratos deberán estar regulados por la Ley del país más vinculado con el supuesto, para garantizar la previsibilidad de las partes y por ello fomentar el comercio internacional. Si las partes conocen de antemano el derecho aplicable a su relación contractual se reducirán los costes²⁵².

La reducción de los costes se consigue aplicando una Ley altamente previsible para el contrato y por ello una Ley “próxima” a los intereses de las partes; de ese modo la doctrina entiende que en todo contrato internacional y por lo tanto en relación con nuestro objeto de estudio, en el contrato de cesión de créditos se deberá respetar el principio de proximidad y aplicar al contrato la Ley del país con “vínculos más estrechos”. La presunción de los “vínculos más estrechos” establecida en el Reglamento Roma I no es nueva, ya estaba especificada en el Convenio de Roma dentro del artículo 4.5, en este caso era denominada la cláusula de cierre o el último criterio de conexión. Se pensaba que cuando al realizarse una valoración global del contrato se entendía que este presentaba vínculos manifiestamente más estrechos con otro país debería aplicarse la Ley de ese concreto país²⁵³.

Para que el artículo 4.3 pueda aplicarse al contrato internacional deberán cumplirse los siguientes requisitos: En primer lugar hay que tener en cuenta que el artículo 4.3

²⁵² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 680-681; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 654-656; ID., pero en relación con el Convenio de Roma Vid. “Ley aplicable al contrato...”, op. cit., pp. 72-76. Del mismo modo GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 12; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 197-199. En relación con el Convenio de Roma Vid. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles: Balance de 15 años de vigencia” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 161-174 con especial referencia al contrato de trabajo.

²⁵³ La doctrina entendía que la “cláusula de escape” o de los “vínculos más estrechos” estaba contenida en el antiguo artículo 4.5 del Convenio de Roma, por eso mucha gente hoy en día denomina al artículo 4.3 del Reglamento Roma I “cláusula de escape” sin embargo, entendemos que para no crear confusión con la cláusula del artículo 4.4 del Reglamento Roma I es mejor denominarla “cláusula de excepción”. Posición en contra Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 12: “El juego de estas reglas concluye con el recurso al principio de los vínculos más estrechos como <<cláusula de escape>>: no se aplicará la ley designada conforme a las reglas, especiales o general, señaladas cuando el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro ordenamiento jurídico. La redacción de esta cláusula de escape- que, por cierto, no se incluía en la propuesta original de la Comisión- está tomada del Reglamento Roma II. Su tenor se aparta del texto del Convenio con el fin de señalar al intérprete que el juego de esta cláusula debe ser excepcional: sólo cuando resulte claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con la ley de otro país ha de aplicarse ésta, dice el precepto”.

sólo podrá aplicarse cuando el contrato esté más vinculado con otro país diferente al determinado a través de los puntos de conexión rígidos de los artículos 4.1 y 4.2; en definitiva se necesita que existan vínculos “manifiestamente más estrechos”²⁵⁴. Por otro lado, si en el caso en concreto “existiera un vínculo sustancial y real entre el contrato y el país al que conducen los criterios de conexión recogidos en los artículo 4.1 y 2 del Reglamento Roma I, tal como sucede con la situación de un inmueble en un país, el artículo 4.3 del Reglamento Roma I no puede operar”²⁵⁵.

El segundo requisito a tener en cuenta por el artículo 4.3 es que “debe desprenderse del conjunto de circunstancias del contrato que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2 del artículo 4 del Reglamento Roma I”. La doctrina más autorizada entiende que el adverbio “claramente” es sinónimo de “experiencia visual” y que por ello los vínculos deben ser “perceptibles por cualquier persona”²⁵⁶. De todo lo anterior se deduce la “excepcionalidad” de la cláusula; en definitiva en la mayoría de las ocasiones el contrato será regulado de conformidad con la Ley establecida en los apartados 1 y 2 del artículo 4; sólo para los supuestos en los que el contrato se encuentre más vinculado de forma “manifiesta” con otro país y que la percepción sea “clara” se aplicará la Ley de ese otro país, en definitiva el artículo 4.3 del Reglamento Roma I. La excepcionalidad de la cláusula garantiza la seguridad jurídica así como la aplicación de la Ley de un concreto país con independencia de la discrecional tanto de las partes como del juez. Se

²⁵⁴ Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el propio articulado del Reglamento el cual viene a indicar en el artículo 4.1 letra d) que será de aplicación la Ley de la residencia habitual común de los contratantes para el supuesto de contratos de arrendamientos de bienes inmuebles, destinados a uso particular durante un periodo máximo consecutivo de seis meses; en lugar de la Ley de situación del bien inmueble por entender que es la Ley mejor vinculada con el contrato reduciéndose los costes inter partes. La misma lectura se puede realizar del artículo 4.1 apartados g) y h) en relación en relación con la Ley del lugar de la subasta y la Ley del país que regula el mercado regulado donde se negocian todo tipo de instrumentos financieros.

²⁵⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 683; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 659.

²⁵⁶ *Ibidem*: “Una percepción visual exige un escaso esfuerzo: se aprecia inmediatamente, sin mayores indagaciones, y se aprecia, también, de un modo universal, es decir, por cualquier sujeto. Ello significa que la intensa vinculación entre el contrato y el país B distinto del país A al que conducen las conexiones rígidas recogidas en el art. 4.1 y 4.2 RR-I, debe ser perceptible por las partes y por el juez. De tal modo, la decisión del juez a favor de la aplicación de la Ley de un país B, distinto del país A designado por los párrafos 1 o 2 del art. 4 del RR-I no <<sorprenderá>> a las partes, no les comportará costes conflictuales elevados que no pudieron prever. De ese modo, se garantiza también la <<seguridad jurídica en el espacio europeo>> (Considerando 16 del Reglamento Roma I), pues la vinculación del contrato con el país que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos se detecta <<claramente>>, por y para todos los implicados”.

reduce así el recurso al “nacionalismo judicial” y el recurso a la “lex fori in foro proprio”²⁵⁷.

Una vez analizados los requisitos de cara a la aplicación del artículo 4.3 debemos realizarnos la siguiente pregunta: ¿Quién es el encargado de aplicar al supuesto concreto el artículo 4.3? En definitiva: ¿Serán las partes las encargadas de probar que el contrato presenta vínculos más estrechos con la Ley de ese otro país (y que no se deben aplicar las conexiones rígidas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 4) o por el contrario será facultad del órgano jurisdiccional? La respuesta a la anterior cuestión varía en relación con el instrumento internacional en presencia; en el caso del Convenio de Roma se entendía que el juez era el encargado de indicar que el contrato presentaba “vínculos más estrechos” con la Ley de un concreto Estado; el juez de oficio aplicaba la Ley de ese concreto país y no otorgaba a las partes la facultad de concretar la Ley del país más vinculado²⁵⁸. Sin embargo, la cuestión ha variado en relación con el Reglamento Roma I puesto que a pesar de que el Reglamento Roma I no se decanta de forma expresa por una concreta postura lo más lógico es entender que el contratante que está interesado en la aplicación de otra Ley al contrato será el encargado de probar que es la Ley del país que presenta de forma “clara” los “vínculos manifiestamente más estrechos con ese otro país”. Lo anterior se deduce del hecho de que el contrato no se va a regir por la Ley del país con la que presente los “vínculos más estrechos” como primera opción y por ello el juez no tendrá obligación de probar la existencia de una Ley más vinculada; lo lógico es que sea probado a instancia de parte. En todo caso el juez tendrá la obligación de motivar en su resolución judicial la aplicación de la cláusula de excepción del artículo 4.3 del Reglamento Roma I²⁵⁹.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 684 y pp. 659-660 respectivamente.

²⁵⁸ *Ibidem*. Luego con la solución del Convenio de Roma no se acaba con el “temido nacionalismo judicial”. Un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en la ya mencionada STJCE de 6 de octubre de 2009, *Intercontainer Intertrigo* as. C- 133/08 en concreto Vid. el Fundamento Jurídico 64 en donde se establece que: “Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 5, del Convenio debe interpretarse en el sentido de que, cuando del conjunto de circunstancias resulte claramente que el contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto del determinado sobre la base de alguno de los criterios previstos en los apartados 2 a 4 de dicho artículo 4, incumbirá al juez descartar tales criterios y aplicar la ley del país con el que dicho contrato presente los lazos más estrechos”.

²⁵⁹ *Ibidem* La exigencia de motivación de la decisión judicial garantiza la seguridad jurídica y por lo tanto favorece que la decisión final adoptada sea previsible para las partes. Lo anterior es una exigencia que se desprende de la lectura del Considerando 16 del Reglamento Roma I.

Debemos finalizar el estudio del artículo 4.3 del Reglamento Roma I con el análisis de los supuestos concretos en los que puede aplicarse: la presunción contenida en el artículo 4.3 del Reglamento Roma I sólo podrá aplicarse cuando las presunciones contenidas en los artículos 4.1 y 4.2 impliquen la aplicación de una ley al caso concreto no vinculada con el litigio y por ende se pierda el “valor de localización”²⁶⁰. Lo anterior se podrá producir en los siguientes supuestos:

En primer lugar cuando la “sede del prestador característico sea circunstancial o temporal”. En estos supuestos se podría aplicar la Ley del país de residencia habitual del prestador característico, en el supuesto de que fuera un profesional se podrá aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico (art. 4.2); sin embargo en el caso concreto puede suceder que esta Ley no sea una Ley suficientemente vinculada con el supuesto, derivado del hecho de que la sede del prestador característico se encuentre en ese Estado de forma temporal o en ocasiones por motivos económicos o fiscales. La aplicación de esa concreta Ley en relación con los contratantes supondría un aumento de los costes de la transacción y por ende una agravación de los intereses en presencia; en esos casos lo más lógico sería eludir la aplicación de la citada Ley y aplicar al caso concreto otra Ley más vinculada, sólo en esos supuestos podríamos recurrir al artículo 4.3 del Reglamento Roma I²⁶¹. En relación con la cesión de créditos se podría aplicar el artículo 4.3 cuando la residencia habitual del cedente fuera meramente circunstancial o temporal y la parte interesada demostrara que existe otra Ley más vinculada con el contrato (persona física); lo mismo sucedería en el supuesto en el que el cedente es un sujeto profesional de la contratación internacional y la sede física del prestador característico fuera temporal o accidental y por lo tanto el contrato tuviera vínculos más estrechos con otra Ley de otro Estado. Para facilitar el comercio internacional y en definitiva las transacciones comerciales lo lógico sería aplicar la Ley más vinculada con el supuesto y acudir al art. 4.3 del Reglamento Roma I y evitar así aplicar la Ley de

²⁶⁰ *Ibidem*; p. 684 y p. 660 respectivamente. Como afirman estos autores el artículo 4.3 operará cuando las presunciones de los artículos 4.1 y 4.2 “resultan ser contactos meramente formales, sólo aparentes, contactos anecdóticos, accidentales, causales, fortuitos, fugitivos, desprovistos de significado sustancial y de <<valor localizador>>”.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 685 y p. 660.

residencia habitual del cedente en aquellos supuestos en los que exista otra Ley más vinculada al contrato. Lo lógico es que este hecho sea alegado por las partes²⁶².

El segundo supuesto en el que podría tener aplicación el artículo 4.3 como “cláusula de excepción” sería en aquellos casos en los que el contrato ha sido ejecutado en su totalidad en “mercados regulados”. En definitiva estamos haciendo referencia a los supuestos de mercados ejecutados en: Bolsas, subastas... Lo lógico es que el contrato ejecutado en dichos mercados se regule por la Ley del país donde esté situado el citado mercado regulado. Dicha Ley además será la que regule el funcionamiento interno del mercado regulado y por ello es una Ley altamente previsible por las partes; así pues en estos casos no será lógico aplicar la Ley del país de la sede de uno de los contratantes²⁶³.

El último supuesto en el que puede tener cabida el artículo 4.3 del Reglamento Roma I será en los casos en los que existan varios contratos, la lógica del supuesto estriba en el hecho de que las partes en ocasiones realizan un contrato principal y otros accesorios del anterior; es decir existe una gran dependencia entre los contratos. Lo más apropiado es que los contratos accesorios corran la “misma suerte” que el contrato principal y en última instancia a todos los contratos se les aplique la misma Ley, que no tendrá que ser la Ley determinada a través de las presunciones de los artículos 4.1 y 4.2 del Reglamento. En relación con la cesión de créditos podríamos poner el siguiente ejemplo: puede suceder que las partes hayan realizado unos contratos preliminares antes de que se produjera la verdadera transmisión del crédito. Se entenderá que los contratos preliminares están relacionados con el contrato principal y por ende les será de aplicación la misma Ley²⁶⁴.

Una vez analizados los supuestos concretos en los que puede aplicarse los puntos de conexión del artículo 4.3 del Reglamento Roma I debemos analizar la cuestión más importante en relación con el citado artículo, es decir precisar “cuál es la Ley más vinculada con el supuesto”. El problema estriba en que nuestros juzgadores en la mayoría de los supuestos utilizan “puntos de conexión rígidos”, es decir que indican de

²⁶² Hay que tener en consideración que el juego de las presunciones podrá ser aplicado al supuesto concreto siempre y cuando no hubieran hecho uso de su ejercicio del derecho de elección de Ley del artículo 3 del Reglamento Roma I.

²⁶³ *Ibidem*

²⁶⁴ *Ibidem*

forma expresa la concreta Ley aplicable y en estos casos se debería llevar a cabo un proceso de análisis de todos los elementos del contrato más propio de la dinámica anglosajona. Una vez que las partes e incluso el propio juez observen que la Ley a la que remiten las presunciones de los artículos 4.1 y 4.2 no sea la Ley del país más “vinculado” con el supuesto y por lo tanto conlleve la aplicación al caso concreto de una Ley “accesoria” o “meramente accidental” tendrá que realizar lo siguiente: la doctrina más autorizada lo denomina “*Balancing test*” de los elementos en presencia en el contrato²⁶⁵; es decir intentar averiguar cuáles son los elementos más importantes presentes en el contrato. Se tendrá que analizar cada contrato de forma individual, el problema se plantea en el caso concreto derivado del hecho de que el Reglamento Roma I no contiene una lista de los elementos más importantes a valorar o a tener en cuenta²⁶⁶.

Lo anterior tendrá como consecuencia que deberán analizarse todos los elementos del contrato; ya sean elementos subjetivos: nacionalidad, residencia habitual de las partes o sede de la empresa. O elementos objetivos como son: lugar de celebración del contrato, país de situación del bien objeto del contrato, lugar de ejecución de las obligaciones contractuales y otro tipo de vínculos como pueden ser los “económicos” es decir si el contrato ha sido elaborado y ejecutado en el ejercicio de una actividad empresarial o no, en el caso de que fuera un contrato realizado entre profesionales de la contratación internacional deberíamos tener en cuenta si ha existido oferta previa o publicidad de un contratante a otro²⁶⁷...

Ahora bien lo anterior no puede llevarnos al siguiente error: aplicar la Ley del país con la que el contrato presente mayores vínculos. El artículo 4.3 del Reglamento indica “vínculos manifiestamente más estrechos”, luego utiliza un término en plural²⁶⁸ y por

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 686-689 así como pp. 661-666. En relación con el Convenio de Roma Vid. Ley aplicable al contrato...”, op. cit., pp. 77-82.

²⁶⁶ *Ibidem*

²⁶⁷ *Ibidem* Compartimos la argumentación lógica realizada por estos autores y hacemos propias sus ideas: “No se trata de los vínculos más estrechos entre una categoría de contrato y un concreto país, sino detectar los vínculos más estrechos entre un contrato específico firmado por contratantes específicos, con nombre y apellidos, y un país determinado.” Las partes no podrán utilizar el artículo 4.3 del Reglamento Roma I para hacer aplicable al contrato con carácter exclusivo las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” así como cualquier otro conjunto de reglas “no estatales”.

De la lectura del Considerando 21 del Reglamento Roma I se deduce que deberán ser tenidos en cuenta todos los elementos del contrato con independencia de que deriven a diferentes leyes de diferentes países.

²⁶⁸ *Ibidem*. Llegados a este punto debemos tener cuidado puesto que sólo existe el plural del término “vínculos” en la versión española, en la francesa y en la italiana; sin embargo en inglés y en alemán el concepto está en singular.

ello deducimos que para aplicar la Ley de un concreto país serán necesarios la presencia de más de un “vínculo” con un concreto país; “no basta con practicar una <<batalla de conexiones>> que ganaría el país con el que contrato presentase <<más vínculos>> (método cuantitativo puro). En efecto, una vez acreditado que el contrato presenta <<varios>> vínculos con un país, es preciso demostrar también que tales vínculos son los de <<mayor calidad>>, que presentan un mayor <<valor localizador>> que cualesquiera otros vínculos...²⁶⁹”

Toda la afirmación anterior nos sirve para extraer la siguiente conclusión: en cualquier contrato internacional existirán elementos importantes y elementos menos importantes, es lo que la doctrina más cualificada denomina “elementos con potencial localizador fuerte” y “elementos con potencial localizador débil”²⁷⁰. En relación con los primeros “fuertes” o importantes debemos tener en cuenta de nuevo el Considerando 21 de Reglamento Roma I el cual indica que a la hora de determinar cuál es el país más vinculado con el litigio el juez deberá tener presente entre otras cuestiones: “si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos”²⁷¹. En todo caso la aplicación de una Ley a un concreto contrato no supone la aplicación de esa misma Ley al resto de contratos, todo dependerá de si es la Ley más vinculada con el litigio o no; lo verdaderamente importante de cara a la aplicación de la Ley del contrato principal a los accesorios deriva del hecho que los contratos accesorios dependan del contrato principal “económicamente” y “jurídicamente”, es decir que la existencia de los contratos accesorios derivara del principal.

Otros elementos fuertes o importantes del contrato podrían ser: el lugar de sede o domicilio de los dos contratantes, como ya hemos explicado anteriormente el propio Reglamento recoge este supuesto en relación con el arrendamiento de unos concretos bienes; lugar de ejecución del contrato (importante en relación con los contratos celebrados en mercados regulados), contexto económico y la ya mencionada Doctrina “*Internacional Stream-of-Commerce*”: “el sujeto que se <<sumerge>> en un mercado extranjero crea una corriente de comercio internacional”, el sujeto que <<invade>> un mercado de otro país podrá entender que entre uno de los riesgos de “invadir” un

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 687, p. 662.

²⁷⁰ *Ibidem*

²⁷¹ *Ibidem*. Los citados autores en este supuesto establecen que nos encontramos en presencia de las “directrices metodológicas” elaboradas por el propio legislador.

mercado extranjero se encuentra la aplicación a sus contratos internacionales de esa concreta Ley. Se entiende que la Ley aplicable al contrato será la Ley en cuyo país prestar servicios (exportador) o adquiere mercancías (importador). Las partes tienen dos formas de internacionalizar la acción: Mediante la publicidad ofrecida a un concreto país que invita a contratar, en este caso la Ley aplicable será la Ley del país en el que se hace la publicidad (es decir, la Ley del país cuyo mercado se quiere conquistar). En otras ocasiones por el contrario no existe publicidad y sí una oferta de una empresa dirigida a un país y a una empresa concreta. En este supuesto será aplicable la Ley del lugar donde se dirige la oferta, por ser la Ley del país más vinculado²⁷².

Por el contrario en ocasiones existen en el contrato otros elementos débiles que no permiten concretar por sí mismos la Ley aplicable a un contrato concreto. Sólo aportan meros datos o “indicios”; estamos haciendo referencia a: tipo de contrato, naturaleza de la prestación, lugar de negociación del contrato y en su caso lugar de celebración, idioma elegido, la existencia de un pacto de sumisión expresa a unos concretos tribunales...Se entiende que cada elemento de forma aislada por sí solo no constituye prueba suficiente²⁷³.

En otras ocasiones los tribunales se encuentran con un problema agravado en los supuestos en los que existen contratos “deslocalizados” es decir contratos fraccionados y por lo tanto con vínculos en numerosos Estados. Para el supuesto en el que estos contratos no estén “incluidos” dentro de los ocho contratos del artículo 4.1 del Reglamento Roma I y además tampoco puedan incluirse dentro de las presunciones del artículo 4.2 por carecer de prestación característica, la determinación de la Ley aplicable a esa concreta relación jurídica será determinada por el juez, en estos casos de nuevo el Reglamento Roma I incurre en una laguna al no precisar la labor del juez; “el juez determinará la Ley del Estado más vinculado con el caso como buenamente pueda²⁷⁴”.

²⁷² *Ibidem*

²⁷³ *Ibidem*. Importante en relación con este aspecto es la ya mencionada STJCE de 6 de octubre de 2009, *Intercontinental Intertrigo* as. C-133/08, en cuyo fundamento jurídico 50 se indica en relación con el artículo 4.5 del Convenio de Roma que una conexión considerada como “débil con un país distinto de los designados sobre la base del artículo 4, apartados 2 a 4, resulta insuficiente para justificar una excepción a los mencionados criterios, puesto que, de lo contrario, ya no podría considerarse que éstos fueran los criterios de conexión principales. De lo anterior se deduce, según el mismo Gobierno, que la excepción prevista en el artículo 4, apartado 5, del Convenio sólo podrá aplicarse cuando del conjunto de circunstancias resulte que los criterios en cuestión carecen de verdadero valor de conexión y que el contrato tiene un vínculo preponderante con otro país”.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 689 y p. 666 respectivamente.

Lo más lógico es entender que estos contratos “plurilocalizados” deberán regularse por una sola Ley estatal con independencia de que estén vinculados con la Ley de varios países. En ocasiones se admite la posibilidad de permitir que el contrato se fraccione en relación con la Ley aplicable y permitir que diferentes partes del contrato se regulen por diferentes Leyes de diferentes Estados. Sin embargo dicha opción resulta “extremadamente compleja, difícil y polémica”²⁷⁵.

Concluimos en estudio del artículo 4.3 del Reglamento Roma I en relación con la cesión de créditos indicando que lo más lógico es aplicar el artículo 4.2, es decir la ley de la residencia habitual del prestador característico: el cedente. Sin embargo cuando las partes o el juzgador observen que no es la Ley más vinculada con el supuesto y por lo tanto que no es la Ley más previsible para las partes, podrá aplicarse la cláusula excepcional contenida en el artículo 4.3 del Reglamento Roma I para aplicar la Ley del país más vinculada con el supuesto. Tendríamos que analizar todos los elementos en presencia en el contrato, podríamos aplicar la Ley del país de ejecución del contrato de cesión de créditos, la Ley del país del país donde se dirige la publicidad o la oferta en el caso de que sean contratantes o personas jurídicas y por ello se podría aplicar la sede del contratante profesional (*factor*) entre otras; siempre deberíamos intentar averiguar realizando el “*balancing test*” la Ley más vinculada con el contrato y por eso la Ley más previsible para las partes.

1.5 Ley aplicable en defecto de elección: cláusula de cierre (art. 4.4)

Terminamos el estudio de las presunciones de los artículos con el estudio de su apartado cuarto. Sólo podrá aplicarse el artículo 4.4 del Reglamento Roma I cuando nos encontremos ante un contrato no incluido dentro de la lista de ocho contratos del artículo 4.1 del Reglamento, podría aplicarse también para el supuesto de los contratos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 4.2 (residencia habitual del prestador característico). El artículo 4.4 establece que el contrato se regulará por la “ley del país con la que presente los vínculos más estrechos”. Debemos prestar especial importancia a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 4.2 son: El primer supuesto en el que puede operar el artículo 4.5 será en relación con los contratos en los

²⁷⁵ *Ibidem*

que no se puede concretar el “país de residencia habitual del prestador característico” al tiempo de celebrarse el contrato²⁷⁶. La segunda hipótesis a mencionar se trataría de los supuestos en los que la prestación característica debe realizarse en varios Estados. La tercera situación “conflictiva” podría producirse en aquellas situaciones en las que los contratos no tienen prestación característica y a su vez no se encuentran recogidos dentro del listado del artículo 4.1 del Reglamento Roma I. Dentro de este último apartado tendrían cabida los contratos en los que no existe un intercambio simple de cosa por dinero. Por eso el artículo 4.5 se establece como “cláusula de cierre” puesto que sólo podrá aplicarse en el caso concreto en defecto del resto de presunciones del artículo 4. Debemos tener en cuenta que en relación con nuestro objeto de estudio, el contrato de cesión de créditos este artículo no tendría cabida puesto que como ya hemos venido indicado a lo largo de todo el capítulo, el contrato de cesión de créditos si tiene prestación característica: la transferencia de derechos, en nuestro caso los créditos y por lo tanto se aplicaría la Ley de la residencia habitual del prestador característico: el cedente, siempre y cuando las partes no demostraran la existencia de otra Ley más vinculada con el contrato.

A título ejemplificativo podemos mencionar los siguientes contratos que tendrían cabida dentro del supuesto del artículo 4.5 por carecer de prestación característica: Contratos de permuta o de intercambio de mercancías así como contratos de permuta de “derechos incorpóreos”. En este caso si la ejecución de la obligación ha implicado la creación de una “sociedad de Joint Venture” (varias empresas de distintos países acuerdan celebrar un proyecto en común) se aplicará la Ley del país de la sede de dicha empresa por entenderse la más vinculada. Contrato de edición, en este contrato en ocasiones el autor o sus descendientes ceden al editor a cambio de una cantidad de dinero la facultad de distribución y reproducción de una obra, el editor siempre quedará obligado a cubrir todos los gastos. En defecto de pacto de elección de Ley (art. 3) se aplicará el artículo 4.5 y por lo tanto la Ley que regulará el contrato de edición será la Ley del país más vinculado con el supuesto. En el caso de que el autor simplemente

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 689 y pp. 666-667 respectivamente. Compartimos la opinión de los citados autores al entender que en estos casos se está haciendo referencia a los supuestos en los que o bien el contrato se ha realizado por Internet o por cualquier otro medio electrónico que no permite individualizar la concreta residencia habitual del prestador característico (esto hoy en día es casi improbable con el avance de las tecnologías). Por otro lado en la práctica contractual internacional puede suceder que sea imposible concretar la residencia habitual del prestador característico derivado del hecho de que tenga su residencia en ciertas zonas donde es difícil determinar con exactitud la soberanía ej: Abjasai en relación con el Cáucaso Sur, Puntlandia en relación con Somalia...

entregue la obra al editor y este último asuma varias obligaciones, se entenderá que puede aplicarse el artículo 4.2 del Reglamento Roma I al entender que el editor es el prestador característico y se aplicará la Ley de su residencia habitual. El problema está en la mayoría de los casos en los que el contrato de edición no consiste simplemente en el intercambio de una obra por dinero, sino que cada parte asume diferentes obligaciones.

En el caso de que entrara en vigor la cláusula de excepción del artículo 4.5 del Reglamento Roma I el juez será el encargado de analizar los diferentes elementos del contrato como pueden ser: domicilio de las partes, país de distribución de la obra²⁷⁷... para determinar así la Ley más vinculada con el contrato en cuestión. Garantizando en la medida de lo posible el principio de previsibilidad y el principio de proximidad de cara a las partes. En ciertos casos la única opción que le queda al juez para poder determinar la concreta Ley aplicable al supuesto es fraccionar el contrato y aplicar diferentes leyes en relación a diferentes partes. En todo caso dicha opción sólo será posible “in extremis” cuando el juez no pueda determinar la Ley aplicable a través de otros medios²⁷⁸.

Finalizamos el estudio del artículo 4 del Reglamento Roma I indicando las cuestiones que quedarán cubiertas por la Ley del contrato. La ley del contrato regulará tanto los elementos esenciales (existencia y validez del contrato, obligaciones de las partes, consecuencias del incumplimiento de las obligaciones...); las cuestiones accesorias así como las obligaciones en relación a los terceros implicados. La mayoría de las cuestiones serán resueltas por el artículo 12 del Reglamento Roma I²⁷⁹. Por el contrario la Lex Contractus no regulará la capacidad de las partes, la cual será regulada en el caso de que conozca del litigio los tribunales españoles por el art. 9.1 C.c. Por otro lado debemos traer a colación que no tendrá cabida dentro de este supuesto la

²⁷⁷ Para un estudio en mayor profundidad de todos los contratos que carecen de prestación característica Vid. con gran maestría: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 690-697; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 667-676. A pesar de lo interesante del tema descartamos el desarrollo de la materia dentro de este capítulo por no entrar dentro de nuestro objeto de estudio.

²⁷⁸ *Ibidem* de nuevo en estos supuestos en los que es tan difícil determinar la concreta ley aplicable el juzgador deberá motivar razonadamente la decisión judicial para evitar lo que los autores anteriores denominan el “vértigo de la ley nacional” o la “tan temida lex fori in foro propio”.

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 699-703 y pp. 680-685. En relación con el Convenio de Roma Vid. ID., “Ley aplicable al contrato...”, op. cit., pp. 82-95.

“excepción de interés nacional” que se regulará por el artículo 13 el Reglamento. Tampoco serán regulados por la Lex Contractus los tipos de ejecución de las obligaciones (art. 12.2 del Reglamento Roma I), los derechos reales que puedan derivarse del contrato (art. 10.1 apartado 4 del C.c. para el supuesto de que estuviera conociendo de asunto un tribunal español) La forma del contrato se regulará tanto por el artículo 1.3 del Reglamento como por el artículo 18 y en relación con este último debemos tener presente que las obligaciones extracontractuales se regularán por el Reglamento Roma II²⁸⁰.

Desde el punto de vista de los contratos internacionales y de las condiciones generales de la contratación internacional en relación con la normativa española debemos mencionar el artículo 3 de la Ley 7/1998 de 13 sobre Condiciones Generales de la Contratación. El cual indica que la Ley española protege a los “adquirentes a tales condiciones, sean consumidores o no: a) En el caso de contrato internacionales sujetos a la Ley española; b) En el caso de contratos internacionales sujetos a una Ley extranjera, la LCGC se aplica siempre que el contrato esté <<particularmente conectado con España>> con el objetivo de defender al pequeño y mediano comerciante frente a imposiciones de las grandes multinacionales extranjeras”. Para que se pueda aplicar el artículo 3 de LCGC se deben dar dos requisitos de forma cumulativa (art. 3. II LCGC): “Que la declaración negocial se emita en España o desde España” y además se exige que el “adherente tenga residencia habitual en España”²⁸¹.

Llegados a este punto debemos entender que el citado artículo 3 de la LCGC no será de aplicación a los supuestos en los que exista un contrato internacional en el que todas las partes intervinientes son profesionales del comercio puesto que serán una materia incluida dentro del Reglamento Roma I. Sólo podrán aplicarse las citadas condiciones generales de la contratación si así lo establecen las partes de forma expresa en el contrato. El artículo 9 del Reglamento Roma I sólo permite la aplicación de las “normas institucionales” o normas que cumplen una “función pública” como las normas *antitrust*, embargos, normativa sobre inversiones...Luego las normas que intentan garantizar un equilibrio contractual y en resumidas cuentas, aquellas que intentan

²⁸⁰ *Ibidem*

²⁸¹ *Ibidem*, p. 705 y p. 687 respectivamente.

“favorecer” a la débil de la relación jurídica como podrían ser los consumidores o los trabajadores no podrán aplicarse a un contrato regulado por el Reglamento Roma I²⁸².

1.6 La cesión de créditos (art. 14)

Como ya habíamos adelantado en las páginas anteriores, a la hora de determinar la Ley aplicable a un contrato de cesión de créditos debemos analizar los puntos de conexión de los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I. En primer lugar deberemos analizar si las partes han hecho uso del derecho de elección de Ley del artículo 3 del Reglamento Roma I. En defecto de lo anterior analizamos el artículo 4 en su apartado primero y observamos que la cesión de créditos no se encuentra dentro de la “lista de ocho contratos”. Podríamos incluirlo dentro del artículo 4.2 al entender que puede aplicarse la Ley de la residencia habitual del prestador característico, puesto que como hemos avanzado en anteriores páginas la cesión de créditos es una “cesión de derechos²⁸³”. En líneas generales como hemos razonado anteriormente se entiende que

²⁸² *Ibidem*

²⁸³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp.643-644; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.604. De igual forma Vid GARCÍA MANDALONIZ Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., pp. 47-48: “El contrato de *factoring* contiene una prestación de servicios, pero no sólo es una prestación de servicios. La complejidad de este contrato, del que surgen diversas relaciones jurídicas, hace discutible su naturaleza jurídica (...). Si la figura contractual del *factoring*, sustentada en una cesión de créditos, fuera únicamente una cesión, la propia operación de cesión sería entendida como la prestación más compleja y por ende, el acreedor-cedente calificado como prestador característico. Pero, añadidos suele haber muchos y muy variados en el contrato de *factoring*. El cúmulo y la diversidad de operaciones que está capacitado para realizar el factor-cesionario conduce a pensar que son la suyas las prestaciones más complejas y, por tanto, las características (...) Tanto por a vía del artículo 4.1 b) como por la vía del artículo 4.2 se llega a la misma conclusión: el contrato se regiría por la Ley del país de residencia habitual del factor”. Llegados a este punto debemos tener en cuenta la siguiente cuestión: la cláusula del artículo 4.3 sólo tendría cabida en el supuesto en el que se dieran algunos de los artículos anteriores y a pesar de ello se entiende que no es la Ley más vinculada con el supuesto y por lo tanto con carácter excepcional las partes o el órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto decide aplicar esa otra ley por entender que es la más vinculada. En definitiva para poder aplicar el artículo 4.3 la ley aplicable debe haber sido previamente determinada a través de una cláusula de elección de Ley (art. 3), o que el supuesto esté incluido de forma expresa dentro de la “lista de ocho” contratos del artículo 4.1 o cuando se pueda determinar la residencia habitual del prestador característico del artículo 4.2 y a pesar de ello no sea la ley del país más vinculado con el supuesto. Por otro lado, la presunción contenida en el artículo 4.4 es una presunción o cláusula de cierre, es decir sólo podrá aplicarse cuando la Ley no pueda determinarse ni por el artículo 4.1 ni por el artículo 4.2, además tampoco debe existir un pacto de elección del Ley del artículo 3. En estos casos se aplicará la Ley más vinculada con el caso pero como cláusula de cierre puesto que no existirán el resto de presunciones. Entendemos que en el caso de la cesión de créditos no existe mayor problema en considerar que el prestador característico es el cedente y por lo tanto sólo podríamos aplicar otra Ley por entender que está más vinculada con el supuesto a través de la cláusula de excepción del artículo 4.3 y no por el artículo 4.4. Cuestión diferente podría plantearse en el contrato de *factoring*, puesto que como explicaremos en capítulos posteriores puede suceder que el factor se convierta en prestador característico y no el cedente. En conclusión sólo podemos acudir al artículo 4.4 cuando no exista pacto de elección de Ley, cuando no

el prestador característico es el cedente puesto que es el sujeto que realiza la operación más compleja²⁸⁴, sin embargo en ocasiones aplicar la Ley de la residencia habitual del cedente no resulta aplicar la Ley más vinculada con el supuesto y por ello, se podrá aplicar la cláusula del artículo 4.3 como cláusula de excepción de cara a designar la Ley del país más vinculada y garantizar la previsibilidad de la solución. Debemos recordar que cuando estamos haciendo referencia al contrato de cesión de créditos nos encontramos ante un contrato en virtud del cual una parte: cedente o acreedor transfiere un derecho de crédito a otro sujeto, es decir cesionario en relación con un deudor.

Nuestro objeto de estudio se encuentra regulado en el artículo 14 del Reglamento Roma I²⁸⁵, dicho artículo es el encargado de reglamentar tanto las cesiones de crédito como las subrogaciones convencionales. En líneas generales podemos afirmar que la estructura del Reglamento Roma I no ha variado en relación con el Convenio de Roma de 1980; en primer lugar regulará las relaciones existentes entre el cedente y el cesionario, o entre el subrogante y subrogado. Sin embargo el Reglamento Roma I sí ha introducido una novedad en relación con el Convenio de Roma; el Convenio de Roma hacía referencia al concepto “obligaciones” entre el cedente y el cesionario, por el contrario el Reglamento Roma I introduce el concepto “relaciones” se entiende que el concepto utilizado por el Reglamento es mayor y por ende abarca cualquier tipo de relación jurídica que pudiera surgir entre el cedente y el cesionario²⁸⁶.

nos encontremos ante uno de los contratos incluidos dentro del artículo 4.1 y cuando sea imposible determinar o bien quien es la parte que deba realizar la prestación característica o incluso cuando sea imposible determinar el lugar de residencia habitual del prestador característico.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 728 y p. 718 respectivamente.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 728 y p. 718 respectivamente; así como GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 23. De igual forma GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 45, como afirma esta autora nos encontramos con “un precepto *ad hoc*: el artículo 14. Su apartado 1 (como el apartado 1 del artículo 12 del Convenio de Roma) establece la ley reguladora. Las relaciones del cedente y del cesionario se rigen <<por la ley que, en virtud del presente Reglamento, se aplique al contrato que les ligue>>” Luego habrá que acudir a los concretos puntos de conexión existentes en el contrato. El Reglamento Roma I en el artículo 14 regula la cesión de créditos y la subrogación convencional, la subrogación legal será objeto de estudio en el artículo 15, por el contrario el artículo 16 será el encargado de regular los supuestos de responsabilidad múltiple. Lo anterior supone una novedad en relación con el Convenio de Roma puesto que este Convenio establecía dos reglas diferentes: una para la cesión (créditos convencionales) y otra para la subrogación (donde se regulaban los supuestos de transmisión de créditos por imperio de la Ley). Como afirma GARCIMARTÍN “El Reglamento intenta aclarar esta dualidad de escenarios y evitar los problemas de calificación”, lo anterior se consigue con la división del Convenio: como hemos indicado el artículo 14 regulará las cesiones y subrogaciones realizadas por pacto inter partes y el artículo 15 será el encargado de regular las cesiones y subrogaciones legales.

²⁸⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 23

A la hora de analizar la amplitud o extensión del concepto, es decir el ámbito de aplicación de la Ley que regula el contrato de cesión; debemos tener en cuenta el Considerando 38 del Reglamento el cual indica que: “En el contexto de una cesión de créditos voluntaria el término <<relaciones>> debe aclarar que el artículo 14, apartado 1, se aplica también a los aspectos jurídicos reales de una cesión de créditos entre el cedente y el cesionario en aquellos ordenamientos jurídicos en que dichos aspectos se traten separadamente de los aspectos relativos al Derecho de obligaciones...”. El Considerando 38 con gran acierto resuelve un problema de calificación puesto que en determinados ordenamientos existe una distinción entre las cuestiones patrimoniales referidas a la relación cedente y cesionario y los aspectos patrimoniales de la relación anterior y los terceros. Se entiende que en estos supuestos todas las relaciones jurídicas existentes deberán ser reguladas por la misma Ley, en definitiva la Ley que rige en las relaciones entre el cedente y el cesionario²⁸⁷. El término “relaciones no debe abarcar cuestiones preliminares relativas a una cesión de créditos voluntaria o una subrogación convencional”. A continuación analizaremos el artículo 14 del Reglamento alterando su orden de exposición:

En primer lugar debemos analizar el artículo 14 apartado tercero, donde se indica que dentro del concepto de cesión se podrán incluir las siguientes cuestiones: “las transferencias plenas de derechos”, “las transferencias de derechos a título de garantía” y “las prendas u otros derechos de garantía sobre los derechos”²⁸⁸.

El artículo 14.1 indica que las “relaciones entre el cedente y el cesionario o entre el subrogante y el subrogado de un derecho contra otra persona (deudor), quedan sujetos a la Ley que, en virtud del Reglamento Roma I, rige ese contrato de cesión de créditos”. En este caso como venimos explicando a lo largo del capítulo, en defecto de pacto de

²⁸⁷ *Ibidem*. Del mismo modo: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.728; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.718.

²⁸⁸ Vid. DOUE L 177/6 de 4 de julio de 2008. Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), p. 9. Del mismo modo: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 23; así como CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.728; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p.718. De igual forma GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., pp. 45-46.

elección de Ley realizado por la partes y al no estar incluido dentro de la “lista de ocho contratos” del artículo 4.1 aplicaremos el artículo 4.2; en este momento de nuevo se nos plantea un problema puesto que en el contrato de cesión de créditos no existe una prestación de servicios ya que el “objetivo económico no es la prestación de un servicio sino la transmisión de la titularidad de un derecho. Por tanto, debe aplicarse el artículo 4.2 RR-I y visto que el prestador característico de este contrato es el cedente, sujeto que tiene a su cargo una <<prestación más compleja>>, la Ley de la residencia habitual del cedente regirá el contrato de cesión²⁸⁹”.

Sin embargo, en ocasiones la Ley de la residencia habitual del cedente no puede aplicarse al contrato, ya sea porque no es la Ley más vinculada (lo anterior puede plantearse en los supuestos en los que la sede del prestador característico es meramente circunstancial o temporal); o incluso en ocasiones puede suceder que la aplicación de esta Ley suponga o implique un desequilibrio contractual, puesto que el citado artículo está pensado solamente para aquellos supuestos en los que el prestador característico es un profesional de la contratación internacional y la otra parte, es decir el cliente no es profesional. En estos casos “la aplicación de la Ley del prestador característico invita a la contratación internacional”, todos los contratos que se celebren con ese mismo “prestador característico” quedarán cubierto por la misma Ley, es decir la Ley de su residencia habitual. “Se potencia la aplicación de una Ley única y además es una Ley familiar al contratante profesional de la contratación internacional”²⁹⁰.

En el supuesto inverso, es decir en el caso en el que nos encontremos ante contrato en el que el prestador característico no es un “profesional de la contratación internacional” y la otra parte, es decir el cliente sí sea un profesional de la contratación internacional la operatividad del artículo se ve reducida, nos encontraríamos ante un caos legislativo que en última instancia supondría una reducción del comercio internacional, pues el artículo 4.2 exigiría al “profesional de la contratación internacional” conocer todas las leyes de los clientes con los que realice el contrato de cesión de créditos, elevando muchísimos los costes de cara operación internacional. En

²⁸⁹ *Ibidem*

²⁹⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Ley aplicable al contrato...” op. cit.p. 75. Como afirma este sector doctrinal la laguna ya provenía del Convenio de Roma y tampoco ha sido solucionada por el Reglamento Roma I. Como hemos venido indicando a lo largo de todo el Capítulo las soluciones dadas en relación con el Convenio de Roma son extrapolables al Reglamento Roma I.

estos casos lo lógico sería recurrir a la cláusula de excepción del artículo 4.3 del Reglamento Roma I y por ello aplicar la Ley del país más vinculado.

Nuevamente otra laguna del Convenio de Roma se reproduce en el Reglamento al no mencionar expresamente los supuestos en los que las dos partes son profesionales de la contratación internacional. En estos casos “la aplicación de la Ley del país del prestador característico es una solución arbitraria”, se beneficiaría a una parte y se perjudicaría a otra con independencia que fuera el vendedor exportador o el comprador importador. Entendemos que en estos casos podemos recurrir de nuevo al artículo 4.3 del Reglamento Roma I ya que sí es posible determinar quien es el prestador característico y su residencia habitual, sin embargo no será la Ley más vinculada con el supuesto. Se tendría que analizar el resto de elementos del contrato y en este caso también podríamos aplicar la doctrina de la *Internacional Stream-Of-Commerce* o “Tesis del riesgo de la internacionalidad”. Como ya hemos explicado anteriormente el sujeto que se “sumerge” o invade un mercado extranjero es conocedor de los riesgos, entre los que existe la posibilidad de aplicar al contrato internacional la Ley de ese país. “Con su conducta, internacionaliza la relación, ya que actúa hacia un mercado que espera conquistar...”. Para estos supuestos se entiende que lo más lógico es aplicar la Ley del país en el que el profesional realiza la publicidad, o la Ley del país donde dirige la oferta. En defecto de los supuestos anteriores, se tendrán que analizar otros datos del contrato como pueden ser: tipo contractual, residencia de las partes, lugar de celebración y de ejecución del contrato²⁹¹...

Finalizamos el estudio del artículo 14 con su apartado segundo, el cual viene a especificar el ámbito de la Ley que regula el crédito objeto de cesión. Todo crédito cedido o transferido está sujeto a su propia ley con independencia del tipo de crédito ante el que nos encontremos. Es decir, el origen de la relación puede ser contractual o extracontractual. Esa concreta Ley que va a regir el crédito cedido o transferido también será la encargada de regular las siguientes cuestiones: En primer lugar podrá determinar el carácter transferible o no del crédito²⁹². En segundo lugar, la Ley que rige el crédito

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 76-79. Damos por reproducidas las consideraciones realizadas en las anteriores páginas.

²⁹² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 728; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 718-719; de igual forma GARCÍA MANDALONIZ Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 26; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>>

cedido regulará las relaciones existentes entre el cesionario o subrogado y el deudor. Este supuesto está haciendo referencia a las excepciones que el deudor puede oponer al cesionario derivado del contrato previo realizado con el cedente, e incluso cualquier otro tipo de condición de oponibilidad referido a otro negocio que hubiese celebrado el cedente respecto del crédito cedido; también quedarán sometido a la citada ley las consecuencias que la transmisión del crédito pudiera tener en la relación del cedente y del cesionario²⁹³. La tercera cuestión que regula la Ley que rige el crédito cedido o subrogado será las condiciones de oponibilidad de la cesión o de la subrogación al deudor²⁹⁴. La cuarta y última cuestión que regula cubierta por el artículo 14.2 y por lo tanto objeto de regulación por la Ley del crédito cedido será si la prestación realizada por el deudor tiene o no efectos liberatorios. Siempre deberemos contar con que los efectos que el contrato de cesión tiene en relación con el deudor vendrán determinados por la Ley que regula el crédito cedido; el crédito se transmite junto con la Ley que lo regula, lo anterior supondrá un beneficio de cara al deudor puesto que con independencia de la transmisión y por ello en el caso de que se produzca un cambio en la figura del acreedor, siempre sabrá cuál es la Ley aplicable a la relación jurídica²⁹⁵.

Si seguimos analizando el contrato de cesión de créditos nos encontramos nuevamente con una laguna del Convenio de Roma que tampoco ha sido resuelta por el

sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 23. De igual forma pero en relación con el Convenio de Roma: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., HEREDIA CERVANTES, Iván., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 974: “en principio la Ley que rige el crédito determina tanto su intransferibilidad legal o convencional, así como las consecuencias del incumplimiento de un pacto de *non cedendo*. No obstante, una vez que se determina que el crédito es transferible, la eficacia jurídico real de la cesión no sólo escapa del ámbito del artículo 12.2º, sino que incluso queda fuera del CR”. DE CÁRDENAS SMITH, Carlos., KIENINGER, Eva María., SIGMAN, C. HARRY., “La propuesta de Reglamento Roma I...”, op. cit., p. 1374. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 48.

²⁹³ *Ibidem*. En este punto debemos tener en cuenta que no quedaba del todo claro en el artículo 12.2 del Convenio de Roma y tampoco ha sido resuelto por el artículo 14. 2 del Reglamento Roma I si era necesario que el cedente interviniera en la nueva relación jurídica del cesionario y del deudor. Se entiende que si es necesario con independencia de su naturaleza contractual o procesal, tras la lectura del Informe GIULIANO, M., y LAGARDE, P., De igual forma Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 24; y en relación con el Convenio de Roma Vid: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., HEREDIA CERVANTES, Iván., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 974: “las condiciones bajo las cuales puede ser invocada la cesión, abarcan también los procedimientos requeridos para dar efecto a las cesión frente al deudor”. Del mismo modo Vid. MOSHINSKY., “The Assignment of Debt in the Conflict-of-Laws”, LQRev., 1992, pp. 619-620.

²⁹⁴ *Ibidem*. Se está haciendo referencia al cumplimiento de ciertos requisitos o formalidades excluidos del propio contrato de cesión como pueden ser la notificación de la cesión, copia por escrito del acto en el que se transfiere el crédito, la aceptación de la cesión del deudor realizada por escrito...

²⁹⁵ *Ibidem*. Tendrían cabida dentro de este supuesto las reglas relaciones con la carga de la prueba, el pago realizado por el deudor de buena o mala fe, las opciones de pago que tiene el deudor para los supuestos en los que tenga dudas acerca del verdadero acreedor...

Reglamento Roma I: ¿Qué sucede con los acreedores del cedente una vez que se ha producido la transmisión del crédito? En definitiva, ¿cuál es la Ley aplicable a la oponibilidad de la cesión a terceros acreedores del cedente? El Reglamento Roma I no aclara si la cesión del crédito vincula a los acreedores del cedente. Los acreedores del cedente se verían perjudicados por la cesión puesto que tendrían unas expectativas en relación con su patrimonio que posteriormente verían perjudicadas por la cesión del crédito y por ende al no ser el titular del crédito cedido podríamos afirmar que tienen menos posibilidades de cobro.

La no resolución de esta cuestión por parte del Reglamento se debió a la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las dos soluciones que se manejaron: o bien aplicar la ley del país de residencia habitual del cedente (prestador característico) o aplicar la ley que rige el crédito cedido. En cierto modo el legislador intenta “compensar” el problema con la introducción de la cláusula de revisión del artículo 27.2 del Reglamento Roma I donde se indica que: “A más tardar el 17 de junio de 2010, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la eficacia frente a terceros de una cesión o una subrogación de un derecho y la prioridad del derecho cedido o subrogado sobre un derecho de otra persona. El informe estará acompañado, en su caso, de una propuesta de modificación del presente Reglamento y de una evaluación del impacto de las disposiciones que habrán de introducirse”²⁹⁶.

En defecto de regulación internacional para solucionar la cuestión tendríamos que acudir a los correspondientes derechos nacionales. En el caso español debemos aplicar el artículo 17.3 del Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública indica que “cuando el objeto de garantía sea un derecho de crédito, la ley aplicable a la eficacia frente al deudor o frente a terceros de la cesión o de la prenda será la que rige el crédito

²⁹⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 728; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 719; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales...”, op. cit., p. 24; y en relación con el Convenio de Roma Vid: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., HEREDIA CERVANTES, Iván., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 976-988. DE CÁRDENAS SMITH, Carlos., KIENINGER, Eva María., SIGMAN, C. HARRY., “La propuesta de Reglamento Roma I...”, op. cit., pp. 1374-1375.

cedido o pignorado”²⁹⁷. En definitiva, el citado artículo viene a indicar que la oponibilidad de las cesiones de créditos o de la prenda de créditos vendrá determinada por la Ley aplicable al crédito cedido o pignorado. Para el supuesto en el que nos encontremos con una cesión de diferentes créditos “que componen una cartera de créditos de una institución financiera o de cualquier otro acreedor, debe procederse a <<territorializar>> la cartera de créditos”; por ello cada crédito dependerá de la Ley que lo rige, “los acreedores del cedente estarán vinculados por la cesión en la medida y con arreglo a los requisitos fijados por la Ley reguladora de cada cesión”²⁹⁸.

Luego la Ley reguladora de la cesión será la que determine la oposición a terceros, la aplicación de la citada Ley conlleva las siguientes ventajas: La primera ventaja es que nos encontramos ante una Ley previsible por las partes e incluso para los terceros por ser una Ley a la que se llega a través de los puntos de conexión del Reglamento Roma I. Lo anterior tiene vital importancia de cara a la “planificación de operaciones de financiación empresariales muy comunes, como son la cesión global de créditos o la cesión de créditos futuros, pues las partes pueden someter la cesión de una pluralidad de créditos a un mismo ordenamiento y además escoger como ley aplicable la que ofrezca una mejor regulación de estas figuras”²⁹⁹. Por ende se garantiza la certeza en la aplicación de la Ley, la previsibilidad y la reducción de costes.

La segunda ventaja de aplicar la Ley que rige el crédito cedido en relación con la oposición a terceros, implica aplicar tanto a los aspectos contractuales como a los aspecto jurídicos-reales la misma ley todo lo cual “encaja mejor en aquellos sistemas que, como el español: no distinguen entre negocio obligacional y un negocio traslativo... y en donde además, el negocio obligacional es típicamente traslativo”³⁰⁰.

El tercer beneficio que implica la aplicación de la Ley del crédito cedido en relación con la posible oposición a terceros intervinientes es que permite “salvar” los problemas

²⁹⁷ Hay que tener en cuenta que el apartado tercero del artículo 17 del Real Decreto Ley 5/2005 ha sido introducido por la Ley 7/2011 de 11 abril.

²⁹⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p. 728; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 719; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., HEREDIA CERVANTES, Iván., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 976-988.

²⁹⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., HEREDIA CERVANTES, Iván., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 982.

³⁰⁰ *Ibidem*

que plantean algunos tipos contractuales específicos donde existe una permuta o intercambio de créditos entre las partes como sucede con el contrato de “*swaps*” o permuta financiera en virtud del cual las dos partes se comprometen a intercambiar una suma de dinero en una fecha futura. Las partes al hacer uso de su derecho de elección podrán hacer aplicable la misma ley en relación con todas las cesiones, garantizándose así la uniformidad de soluciones la previsibilidad y en consecuencia una reducción de los costes en las transacciones comerciales³⁰¹.

Sin embargo, en relación con los terceros y la aplicación de la ley del crédito cedido debemos tener en cuenta que en cierto modo (como ya hemos avanzado anteriormente) dicha ley puede perjudicar las “expectativas de cobro” de los terceros, puesto que el cedente dejará de ser el titular de un derecho de crédito y por lo tanto con el cambio de titularidad, el crédito sale del patrimonio del cedente para formar parte del patrimonio del cesionario. Lo anterior podría solucionarse “con conexiones objetivas más próximas al cedente y a sus acreedores”³⁰².

Finalizamos el análisis del artículo 14 del Reglamento Roma I realizando una breve referencia al contrato de *factoring* internacional puesto que será objeto de estudio de forma específica en capítulos posteriores. Como ya adelantamos al estudio el artículo 4.2 y más concretamente a la hora de averiguar quien era el prestador característico, el contrato de *factoring* supone una “cesión global de créditos”. En la mayoría de las ocasiones nos encontramos con un supuesto en el que una empresa se ve incapacitada para llevar a cabo el cobro de los créditos que tiene en relación con otra empresa, llamémosle empresa “morosa” y decide transmitir sus créditos a cambio de una suma monetaria a otra empresa especializada en el cobro de esos créditos, es decir un *factor*. En la mayoría de los casos el *factor* simplemente se obliga a gestionar y cobrar esos créditos y por eso el cedente se desvincula de los mismos, en cierto modo “abandona” la relación jurídica existente con el deudor. El artículo 14 se aplica al contrato de *factoring* internacional y por lo tanto las relaciones jurídicas entre los sujetos intervinientes

³⁰¹ *Ibidem*

³⁰² *Ibidem*, p. 984. Como señalan estos autores en ocasiones la doctrina entiende que sería más lógico aplicar un punto de conexión más vinculado al cedente como pudiera ser su residencia habitual. Dicho punto de conexión “facilitaría la planificación de operaciones financieras como la cesión en masa, en la medida en que permite someter la totalidad de las cesiones a un único ordenamiento, o la cesión de créditos futuros, donde la utilización de conexiones vinculadas a la persona del deudor resulta imposible en gran número de casos, dado que generalmente se desconoce su identidad en el momento de la cesión”.

quedarán sujetas a la Ley que en virtud del presente Reglamento rige el contrato de *factoring* y de forma más concreta el contrato de cesión de créditos al considerar el contrato de *factoring* como una cesión global de créditos, en defecto de ejercicio de su derecho de elección (art. 3) y al no estar incluido dentro de la lista de los “ocho contratos” el contrato se regulará por la Ley del lugar de residencia habitual del prestador característico: artículo 4.2 del Reglamento Roma I.

Como indicábamos anteriormente el problema se plantea a la hora de especificar quién es el prestador característico. No existen dudas en relación con el contrato de cesión de créditos puesto que en estos casos existe unanimidad en la doctrina a la hora de entender al cedente como el prestador característico por ser el sujeto que lleva a cabo la prestación más compleja. Sin embargo en relación con el contrato de *factoring* existen discrepancias entre la doctrina puesto que para un sector doctrinal el prestador característico en el contrato de *factoring* sigue siendo el cedente: “El contrato de *factoring* se rige por la Ley elegida por las partes, y a falta de Ley elegida, el contrato de *factoring* se rige por la Ley del país donde tiene su sede la empresa acreedora cedente de los créditos, que es la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico³⁰³”. Sin embargo nosotros compartimos la opinión de otro sector doctrinal el cual entiende que en determinados casos y dependiendo del tipo de funciones que desarrolle la empresa de *factoring* el prestador característico será el *factor* puesto que será el sujeto que ocupe la posición del cedente y por ende es el sujeto que lleva a cabo las funciones más complejas. En estos supuestos podemos entender que el cedente no está “suficientemente vinculado” con el contrato ya que al recibir una suma de dinero del *factor* se despreocupa del hecho de que los créditos sean definitivamente cobrados o no, todo dependerá del caso en concreto y por ello del tipo de contrato de *factoring* con el que nos encontremos³⁰⁴.

³⁰³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.729; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 719. De igual forma GARCÍA MANDALONÍZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.48: “Si la figura contractual de *factoring*, sustentada en una cesión de créditos, fuera únicamente una cesión, la propia operación de cesión sería entendida como la prestación más compleja y por ende, el acreedor-cedente calificado como el prestador característico”. Igualmente importante es la nota al pie número 79. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles., “Contrato internacional...”, op. cit., p. 311, la citada autora en relación con el Convenio de Roma indica: “(...) Siendo la prestación característica en el contrato de *factoring* la transmisión de los créditos, la Ley aplicable a este contrato es la Ley del país de la sede del establecimiento del cedente”.

³⁰⁴ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “El *factoring* internacional...”, op. cit., p. 606 donde indica (en relación con el Convenio de Roma) que la

1.7 Las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas

Una vez analizados los puntos de conexión del Reglamento Roma I en relación con el contrato de cesión de créditos, debemos mencionar otro tipo de normas que en ocasiones pueden entrar en conflicto con la normativa del instrumento internacional; estamos haciendo referencia a las “normas internacionalmente imperativas”. En ocasiones a pesar de que un contrato internacional esté regulado por una sola Ley, en nuestro caso una Ley determinada a través de las disposiciones del Reglamento Roma I, puede suceder que el citado contrato tenga más vínculos con otros Estados y por lo tanto en ocasiones será imprescindible aplicar al contrato internacional, normas imperativas

“entrega de los créditos se podría considerar sólo como un instrumento necesario para que las partes puedan cumplir con sus obligaciones, no como prestación a desarrollar por una de las partes, lo cierto es que es el elemento que da razón de ser a este tipo contractual, es el factor que crea este contrato especial. Desde esta perspectiva podría pensarse que la cesión de los créditos por parte del proveedor es la prestación que caracteriza al contrato de *factoring*, porque es realmente la prestación que distingue a este contrato de los otros tipos de contractuales. Sin embargo, si consideramos que la cesión de los créditos sólo es un elemento necesario para el perfeccionamiento del contrato, las prestaciones que conforman la relación jurídica serían la de financiación y/o aseguramiento del riesgo, por parte del cesionario y la del pago del servicio, por parte del cedente”. La citada autora concluye el artículo con la siguiente conclusión realizada en la p. 614 con la que estamos totalmente de acuerdo: “La prestación característica en los contratos de *factoring* internacional no es la cesión de los créditos, sino las funciones que desarrolla el factor, sean las que sean, ya que, a cambio del cumplimiento de las mismas, el proveedor se encarga de pagarle la cantidad de dinero convenida”. Compartimos la opinión de la profesora RODRÍGUEZ RODRIGO al entender que el contrato de *factoring* el *factor* y en su caso la empresa de *factoring* es la que realiza las funciones más complejas, además de ser la prestación por la que el cedente debe el pago. De forma coincidente con o anterior Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., HEREDIA CERVANTES, Iván., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 972: “La prestación característica no es necesariamente la del cedente, sino la que lo sea conforme al contrato base. En los casos de permuta de créditos (p.ej., *swaps*), en principio, no hay prestador característico, por lo que se debe acudir directamente a la cláusula general; en los contratos de *Factoring* (*one factor system*), existe cierta unanimidad a la hora de identificar a ésta y no al cliente como aquella parte a quien corresponde la prestación característica del contrato”. De igual forma Vid. REQUEJO ISIDRO, MARTA., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 182; la citada autora indica que: “En la cesión en un contrato de *factoring*, que responde ya a la idea de contrato atípico y complejo, es opinión mayoritaria la de que se aplicará la ley del establecimiento de la empresa de *factoring*, que es el cesionario, porque normalmente tiene a su cargo una serie de prestaciones que son la que caracterizan y permiten identificar el contrato...” Es importante vid. la nota al pie número 438 donde se indican el resto de autores que apoyan dicha opción. GARCÍA MANDALONÍZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.48: “El cúmulo y la diversidad de operaciones que está capacitado para realizar el factor-cesionario conduce a pensar que son las suyas las prestaciones más complejas y, por tanto, las características, como así la doctrina mayoritaria opinó bajo el imperio del Convenio de Roma. Tanto por esta vía del artículo 4.2 como por la anterior del artículo 4.1 b) se llega a la misma conclusión: el contrato se regirá por la Ley del país de residencia habitual del factor. De todos modos, por ser esta figura negocial compleja, mixta y variable en función del tipo de *factoring* contratado, quizás siga sin poder desvelarse *ex ante* o apriorísticamente la ley aplicable en virtud del artículo 4.1 b), más aún si no hay gestión de cobro, y nisiquiera con arreglo al apartado segundo del artículo 4, en cuyo caso y solo en este caso el apartado cuarto del mismo artículo 4 <<entraría en escena>> como cláusula de cierre o residual, rigiéndose de manera individualizada cada contrato *ad hoc* por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

de un país diferentes del país cuya Ley regula el contrato cuando el contrato perjudique los intereses “generales y públicos” de los citados Estados³⁰⁵.

En definitiva las normas “internacionalmente imperativas” o las “leyes de policía” son las normas encargadas de regular los posibles efectos que la ejecución del contrato tendría sobre ese concreto Estado y de forma más concreta los efectos que produciría en relación con los intereses “generales y públicos”, este supuesto tendría cabida dentro del artículo 9.3 del Reglamento Roma I y en caso de litigio y para el supuesto en el que conocieran del asunto unos concretos tribunales, el contrato internacional debería respetar las normas internacionalmente imperativas de la *lex fori*, lo anterior se desprende de la lectura del artículo 9.2 del Reglamento Roma I³⁰⁶. A continuación analizaremos los correspondientes apartados del artículo 9:

El primer apartado del artículo 9 establece la definición de lo que deba entenderse por “leyes de policía”: “es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato” a través de la aplicación de los puntos de conexión del Reglamento Roma I³⁰⁷.

³⁰⁵ Vid. WENGLER, W., <<Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie>>, *Z.Vgl.R.Wiss.*, 1941, pp. 168-212; de igual forma Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.707; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 691. Los citados autores indican que: “No es conveniente que el contrato internacional goce de una especie de <<inmunidad legislativa>>, de modo que, por el solo hecho de que está regido por una Ley estatal, ya no pueda ser regulado por los Derechos de los Estados en los que repercute y a cuyos intereses generales y públicos afecta”. ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., pp. 222-252; así como RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 199-210.

³⁰⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.708; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 692.

³⁰⁷ *Ibidem*. Compartimos la opinión de los citados autores al entender que la definición proporcionada por el Reglamento Roma I era necesaria para garantizar la libre circulación contractual ya que cada Estado era libre a la hora de determinar lo que debía entenderse por “leyes de policía” y en definitiva a la hora de establecer sus normas imperativas. Si en el ámbito del Reglamento Roma I cada Estado tuviera su propia regulación en relación con sus normas imperativas podría producirse la siguiente paradoja: “el contrato internacional podría verse atrapado en la aplicación de un exagerado número de normas jurídicas de dicho Estado”.

Una vez más debemos recurrir a la jurisprudencia para concretar los elementos que forman parte dentro del concepto de “leyes de policía”³⁰⁸, puesto que ya en el artículo 7 del Convenio de Roma se planteaban dudas acerca de si dentro del concepto de “leyes de policía” tenían cabida las “normas de dirección” y las “normas de protección”. Compartimos la opinión de un importante sector doctrinal el cual entiende que dentro del concepto de “dirección” tendrán cabida aquellas normas que “defienden intereses generales y públicos” y que dentro del concepto de “normas de protección” se recogerán las situaciones en las que las normativas estatales intentan proteger a la parte débil de la relación contractual como pueden ser los consumidores y los trabajadores entre otros colectivos. En relación con el artículo 9.1 del Reglamento Roma I debemos tener en cuenta que sólo regula los supuestos de “normas de dirección” y en el supuesto en el que se produzca un desequilibrio en materia contractual la protección de la parte débil de la relación jurídica tendrá que realizarse a través de mecanismos más específicos como se desprende de la lectura de los artículos 6 y 8 del Reglamento Roma I³⁰⁹.

Lo lógico será entender que las “leyes de policía” tendrán como finalidad la protección de intereses generales y no los intereses particulares de los contratantes³¹⁰.

³⁰⁸ De vital importancia en este ámbito es la STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade* (as. C-369/96 y as. C-376/99) en cuyo fundamento jurídico 34 se indica que: “Aun a falta de armonización en la materia, la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado de destino, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido...” En el apartado 35 continúa el Tribunal indicando que: “La aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores establecidos en otros Estados miembros debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo...”. En el apartado 36 indica que: “Entre las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia figura la protección de los trabajadores...”, en el 37 “En cambio, consideraciones de orden meramente administrativo no pueden justificar que un Estado miembro establezca excepciones a las normas de Derecho comunitario, máxime cuando la referida excepción equivalga a excluir o restringir el ejercicio de una de las libertades fundamentales del Derecho comunitario...”; y por último en el apartado 38 indica que: “las razones imperiosas de interés general que justifican las disposiciones sustantivas de una normativa pueden también justificar las medidas de inspección necesaria para garantizar su cumplimiento...”.

³⁰⁹ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., p.708; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. p. 693; ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., pp. 226-233. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “Las consecuencias contractuales de las sanciones económicas comunitarias, un modelo de análisis”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1992, pp. 221-235. Del mismo modo: RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 199-210.

³¹⁰ *Ibidem* Los citados autores definen las “normas de dirección” como “normas ortopolíticas” y por lo tanto se refieren a aquellas que persiguen una finalidad pública y por lo tanto “defiende y protegen intereses generales y públicos”. Tendrán cabida dentro de las citadas normas: “las normas *antitrust*”, o las normas que regulan los “contratos de agencia”, normas que regulen sectores económicos que deban ser

En relación con nuestro objeto de estudio podrían incidir las siguientes “normas de policía”: “normas de policía” que impongan límites en relación con la “economía nacional”, es decir ciertas normas que regulen la entrada de dinero y por ende las inversiones extranjeras así como el control de cambios entre otras. Por otro lado también podrían tener incidencia en relación con la cesión de créditos las “normas de policía” que impongan ciertas restricciones en relación con la libertad contractual y de forma más específica ciertas normas que impongan “embargos comerciales, normas sobre nacionalización, expropiaciones...”³¹¹

La dificultad en este ámbito se plantea por el hecho de que cada Estado determinará de forma casuística si un determinado contrato internacional entra en colisión con sus normas internacionalmente imperativas o sus “leyes de policía”. No obstante en relación con el Reglamento Roma I hay que tener presente que deberá entrar dentro del concepto del artículo 9.1 es decir, debemos estar en presencia de una “ley de policía” o una “disposición imperativa” que regule un contrato internacional (con independencia de la Ley aplicable) siempre y cuando se cumplan los ámbitos de aplicación del Reglamento Roma I, además la entrada en vigor de esa concreta “disposición imperativa” de ese concreto Estado tendrá como finalidad garantizar la “protección del interés público manifestado en la organización política social y económica esencial de un Estado”. Así pues, el artículo 9.1 del Reglamento Roma I garantiza que un concreto Estado no aplique sus normas internas en relación a un supuesto internacional³¹².

Para que una concreta “ley de policía” o una “norma imperativa” sea aplicada al caso en concreto deberán darse los siguientes requisitos: En primer lugar hay que tener en cuenta que la “ley de policía” debe aplicarse de forma imperativa, es decir con la finalidad de salvaguardar los intereses públicos en presencia; así pues las partes no tendrán la facultad de derogar la citada norma. El segundo requisito imprescindible es que la “norma imperativa” debe tener vocación de aplicación al caso concreto contrato. Se debe respetar de forma absoluta el ámbito de aplicación espacial de la norma, esto

objeto de especial protección como puede suceder con normas que regulen la “transferencia de tecnología, de patrimonio”...

³¹¹ *Ibidem*

³¹² *Ibidem*. Compartimos la opinión de los citados autores al entender que los motivos por los que un Estado aplica su normativa interna a un supuesto internacional deben estar rigurosamente tasados; “de lo contrario el sistema del Reglamento Roma I se vería totalmente dinamitado. Se impediría que los contratantes sujetaran su contrato a la Ley por ellos elegida o se alteraría la aplicación de la Ley designada por el artículo 4 RR-I”.

implica que la propia “norma de policía” debe establecer de forma expresa su puesta en práctica a los supuestos internacionales. El tercer requisito que debe estar presente es que la aplicación de la “ley de policía” debe ser esencial para la “salvaguardia de los intereses públicos de un Estado, tales como su organización política, social o económica”. En todo caso siempre debe primar una idea fundamental: el ámbito de aplicación internacional de las citadas normas internas deberá ser previsto de forma expresa por el legislador para evitar los posibles conflictos de leyes³¹³. Si el legislador en el caso concreto no establece la posible aplicación a un caso internacional, la citada norma no podrá aplicarse puesto que implicaría una falta de previsibilidad de la Ley aplicable y por ello se vulneraría el Considerando 6 del Reglamento Roma I³¹⁴.

Una vez analizado el artículo 9 en su apartado primero debemos continuar con el análisis del apartado segundo. En el citado artículo el Reglamento establece que: “las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro”. En definitiva, cuando en un contrato internacional las partes no han respetado las normas internacionalmente imperativas del tribunal que está conociendo del asunto se les aplicará la correspondiente sanción impuesta por la normativa interna. En defecto de una sanción expresa y para el supuesto de que estuvieran conociendo del asunto los tribunales españoles, será de aplicación al contrato internacional el artículo 6.3 del C.c. el cual establece la nulidad de pleno derecho de los actos que resulte “contrarios a las normas internacionalmente imperativas y a las prohibitivas, salvo que se establezcan un efecto distinto para el caso de contravención”³¹⁵.

El tercer apartado del artículo 9 establece la posibilidad de aplicar a un contrato internacional las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados es decir diferentes al Estado del Tribunal que está conociendo del asunto. En este caso el artículo 9.3 del Reglamento Roma I establece requisitos más rigurosos en relación con la aplicación de esas “leyes de policía” de terceros Estados. En primer lugar deberá

³¹³ *Ibidem*

³¹⁴ *Ibidem*

³¹⁵ *Ibidem*, para un análisis en mayor profundidad de la práctica española en la materia Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional...*, vol. II, op. cit., pp. 712-714; ID., “Contratos Internacionales (I): competencia judicial...”, op. cit. pp. 694-700; ID., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, op. cit., pp. 233-252. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “Las consecuencias contractuales...”, op. cit., pp. 221-235. Del mismo modo: RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., pp. 202-210.

cumplirse todos los requisitos de aplicación fijados por las “leyes de policía” del país cuyos tribunales están conociendo del asunto. Es decir deberán cumplirse como mínimos los requisitos de aplicación de la *lex fori* con independencia de que ésta ley no resulte aplicable al caso concreto (art. 9.1). El segundo requisito que exige el artículo 9.3 es que exista una vinculación concreta entre el contrato y la norma “internacionalmente imperativa aplicable”. Es decir, sólo tendrán cabida dentro del supuesto del artículo 9.3 del Reglamento Roma I la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del país en el que tengan que ejecutarse las obligaciones derivadas del contrato o en el que éstas hayan sido ejecutadas. En definitiva sólo podrán aplicarse las Leyes de policía del país de ejecución del contrato³¹⁶.

El tercer requisito o condición impuesta por el artículo 9.3 es que sólo se podrán aplicar las citadas leyes “en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal”³¹⁷. El cuarto requisito viene determinado por el carácter facultativo que tiene el juzgador de aplicar o no al caso concreto la citada norma imperativa de terceros Estados; en definitiva el juez sólo deberá aplicar la norma imperativa de terceros Estados cuando con ello se protejan intereses dignos de protección y además deberá tener en cuenta las consecuencias que la citada aplicación o no de las normas conllevaría para el contrato. El quinto y último requisito derivado del hecho anterior que se desprende de la lectura del artículo 9.3 del Reglamento Roma I es que el juez tiene la posibilidad de aplicar todas las sanciones impuestas por la Ley de ese tercer Estado o incluso simplemente aplicar una parte de la sanción, decimos que tiene facultad de moldear la sanción al caso en concreto³¹⁸.

Finalizamos el estudio de las normas internacionalmente imperativas con la siguiente conclusión: Las partes a la hora de concluir un contrato de cesión de créditos

³¹⁶ *Ibidem*, la redacción del artículo 9.3 del Reglamento Roma I evita que las partes en el contrato establezcan como lugares de cumplimiento de las obligaciones lugares no vinculados o ajenos con el objetivo de evitar la aplicación de las “normas imperativas de un concreto Estado”. Serán aplicables las normas imperativas del país de ejecución de las obligaciones que derivan del contrato y no de ejecución de las obligaciones derivadas por la Ley. Compartimos la opinión de este sector doctrinal al entender que el artículo 9.3 del Reglamento Roma I supone un avance en relación con el artículo 7 del Convenio de Roma; con el artículo 9.3 se garantizan los mismos requisitos para el supuesto de que se dieran las presunciones contenidas en los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I. Es decir, para que se puedan aplicar las leyes de policía del país que rige el contrato deberán respetarse los requisitos fijados por el artículo 9.3 del Reglamento y por lo tanto, deberá existir un interés público a defender o a garantizar.

³¹⁷ *Ibidem*. Los citados autores aclaran que no se debe confundir la ilegalidad es decir algo prohibido con la nulidad.

³¹⁸ *Ibidem*

en el ámbito internacional deberán tener presentes todos los contactos o vínculos de su contrato con los diferentes Estados de cara a garantizar la legalidad del mismo. De nuevo comprobamos la complejidad de la contratación internacional puesto que en ocasiones podrá aplicarse a un supuesto concreto una ley no vinculada suficientemente con el supuesto y por lo tanto no previsible. Lo anterior en ocasiones podría ir en perjuicio de los intereses de las partes y por lo tanto supondría un detrimento de la práctica comercial.

1.8 El artículo 10.5 del C.c

Una vez explicado el articulado del Reglamento Roma I y al igual que hicimos en relación con el capítulo destinado a la competencia judicial internacional³¹⁹, debemos analizar la normativa aplicable cuando no concurra en un supuesto concreto alguno o varios de los ámbitos de aplicación del Reglamento Roma I.

Si estuvieran conociendo del asunto los tribunales españoles de cara a determinar la Ley aplicable a un contrato de cesión de créditos podríamos aplicar los artículos 10.5 y siguientes de nuestro Código Civil en determinadas ocasiones. Lo anterior no impide que tengamos presente una idea fundamental, en el estudio de la materia en nuestro Código Civil: a pesar de que el legislador español no ha derogado de forma expresa el articulado de nuestra norma interna podemos afirmar que el Convenio de Roma y en su caso el Reglamento Roma I hacen inaplicables toda nuestra normativa en el ámbito contractual internacional³²⁰. Luego la citada normativa interna sólo podrá aplicarse en los siguientes supuestos:

En primer lugar podemos afirmar que podrá aplicarse a los contratos internacionales excluidos del ámbito de aplicación temporal del Convenio de Roma, es decir a los

³¹⁹ Estamos haciendo referencia al Reglamento 44/2001 y en concreto a los supuestos en los que no se aplicaba el citado instrumento internacional y si el artículo 22 de la LOPJ.

³²⁰ En ocasiones como hemos podido comprobar a lo largo del análisis del Reglamento Roma I nuestros tribunales “cometen errores” de cara a la determinación de la Ley aplicable a un supuesto internacional derivado del hecho de que nuestra normativa interna no ha sido derogada, puesto que la misma no será aplicable cuando se cumplan todos los ámbitos de aplicación (material, territorial, temporal y espacial) del Reglamento Roma I. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “El Convenio de Roma sobre Ley aplicable...”, op. cit., p. 43; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles...”, op. cit., p. 175; ID., “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable...”, op. cit., p. 145; de igual forma RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., *Contratos internacionales...*, op. cit., p. 159.

contratos celebrados con anterioridad al 1 de septiembre de 1993. Y en segundo lugar, y a pesar de que sí concurra el ámbito de aplicación temporal del Convenio de Roma y en nuestro caso del Reglamento Roma I, podrá aplicarse la normativa interna para todos los contratos internacionales excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I. En relación con nuestro objeto de estudio, la cesión de créditos internacionales podemos entender que sólo tendría cabida aplicar el artículo 10.5 del C.c. en relación con los contratos celebrados con anterioridad al 1 de septiembre de 1993 puesto que como ya hemos desarrollado a lo largo de todo el capítulo este tipo contractual está incluido dentro del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I³²¹.

El artículo 10.5 del C.c. establece varios puntos de conexión de cara a determinar la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Nos encontramos con un artículo con puntos de conexión jerárquicos o en escalera, puesto que si se da el primer punto de conexión no podremos analizar el siguiente y así sucesivamente. El artículo se divide en dos párrafos. A continuación analizaremos el primer párrafo donde se establecen los puntos de conexión:

El primer punto de conexión que establece es la autonomía de la voluntad de las partes, sin embargo en este caso nuestro legislador con gran desacierto y a diferencia del Convenio de Roma y con el Reglamento Roma I, sólo recoge el supuesto de elección de ley de forma expresa y no tendrán cabida los supuestos de elección tácita o presunta. Además el propio artículo 10.5 C.c exige un requisito adicional para que el pacto de elección de Ley realizado de forma expresa por las partes sea válido (como sabemos esto nos sucede en el Convenio de Roma ni en el Reglamento Roma I): la elección de ley “debe tener alguna conexión con el negocio de que se trate”. Entendemos que en este caso de nuevo nos encontramos con un “error” en la regulación interna puesto que

³²¹ *Ibidem*. En ocasiones ni siquiera se podrá aplicar el artículo 10.5 C.c. en los supuestos excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I, puesto que en la mayoría de las ocasiones los supuestos excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento son regulados por una normativa internacional específica. El Tribunal Supremo se hizo eco de lo anterior en la Sentencia de 9 de febrero de 1999 (RJ 1999/1054) en relación con la determinación de la Ley aplicable a un contrato internacional de transporte de mercancías. En lugar de aplicarse el artículo 10.5 del C.c. el Tribunal determinó aplicable al supuesto el Convenio de Ginebra sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera. Ejemplo de sentencias en las que se decide aplicar el artículo 10.5 del C.c. por no cumplirse el ámbito de aplicación temporal del Convenio de Roma (1 de septiembre de 1993 -fecha de entrada en vigor para nuestro país) Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 28 de febrero de 2006 (JUR 2006/118738); así como Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 20 de diciembre de 2005 (AS 2006/606) entre otras.

para que el punto de conexión de la autonomía de la voluntad de las partes sea aplicable a un contrato internacional, no será necesario en virtud de la aplicación del Reglamento Roma I (como ya explicamos en el desarrollo del artículo 3) que la Ley elegida por las partes tenga conexión con el contrato. Lo lógico es entender que las partes cuando eligen una Ley como reguladora de su contrato lo hacen porque entienden que es una Ley previsible y en su caso es una Ley beneficiosa para ambas, otra cosa distinta es que sea la Ley más vinculada o no.

En defecto de lo anterior, es decir elección de Ley expresa con vínculos con el contrato será aplicable la “Ley nacional común de las partes”. De nuevo nos encontramos con el problema del “vértigo de la Ley nacional”³²². Que los contratantes tengan nacionalidad común no significa que sea la Ley más previsible y beneficiosa para ellas. Si el supuesto anterior no se diera se aplicará la “Ley de la residencia habitual común”. El párrafo primero del artículo 10.5 del C.c. finaliza con una cláusula de cierre en defecto de los casos anteriores se aplicará la “ley del lugar de celebración del contrato”³²³.

El párrafo segundo establece una excepción al supuesto anterior y sólo en defecto de pacto de elección expresa de ley para los supuestos concretos de “contratos de bienes inmuebles” y para el supuesto de “compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles”. Al primer supuesto le será de aplicación la Ley del lugar de situación de los mismos y al segundo supuesto le será de aplicación la Ley del lugar donde radiquen. De nuevo debemos entender que el legislador ha querido aplicar la ley más vinculada con estos contratos “especiales” sin embargo como ya dejamos patente con el estudio del reglamento, en estos casos la Ley determinada tras la aplicación del artículo 10.5 del C.c. no es la más vinculada con el supuesto.

De todo lo anterior debemos extraer la siguiente conclusión: el legislador español no estuvo “muy acertado” con la elaboración del artículo 10.5 del C.c. puesto que con su

³²² En ocasiones los tribunales hacen prevalecer la voluntad del sujeto cuya nacionalidad coincide con el país cuyos tribunales conocen del asunto. Dicho concepto ha sido acuñado por los profesores CARAVACA y CARRASCOSA.

³²³ En este punto de nuevo nos encontramos con una regulación parcial puesto que la Ley del lugar de celebración del contrato en ocasiones es una Ley poco vinculada con el contrato y por lo tanto en ocasiones poco previsible para las partes y por lo tanto con pocos contactos con el caso. Lo más lógico en estos casos hubiera sido aplicar la Ley del país de ejecución del contrato.

regulación no siempre se va a aplicar la ley más vinculada con el supuesto. Lo anterior podemos salvarlo gracias a que en la práctica el artículo 10.5 del C.c. ha quedado “prácticamente inaplicable” en el ámbito contractual internacional³²⁴.

1.9 Conclusiones

Como hemos podido comprobar a lo largo de todo el capítulo, el Reglamento Roma I (en el pasado el Convenio de Roma) es el instrumento comunitario más importante de cara a la determinación de la Ley aplicable a un contrato internacional. Con el Convenio de Roma y en nuestro caso el Reglamento Roma I, las empresas con independencia de que sean pequeñas o grandes han alcanzado una gran seguridad de cara a la realización de sus transacciones comerciales. No obstante lo anterior debemos plantearnos la siguiente cuestión: ¿el Reglamento Roma I ha supuesto una enorme transformación a la hora de determinar la ley aplicable a un contrato internacional en relación con su predecesor? En líneas generales podemos adelantar las siguientes consideraciones:

La transformación del Convenio de Roma en Reglamento tuvo como ventaja principal que ya no era necesario alcanzar las grandes mayorías exigidas por el Convenio de cara a su posible modificación, además se entiende que todas las referencias realizadas a favor del Convenio de Roma serán válidas y por lo tanto admisibles en relación con el Reglamento Roma I. Podemos afirmar que el Reglamento Roma I ha supuesto grandes avances con respecto al Convenio de Roma en relación con las siguientes cuestiones: En primer lugar, tras el análisis de las normas de conflicto observamos que toda la regulación del Convenio de Roma se basaba claramente en la regulación de dos principios básicos: el principio de autonomía conflictual de los contratantes del artículo 3 y el principio de proximidad contenido en el artículo 4. Por el contrario el Reglamento Roma I tiene como eje estructural los principios de autonomía de la voluntad de los contratantes (artículo 3) y el principio de previsibilidad de la ley aplicable al contrato internacional consagrado en el Considerando 16 del Reglamento, y

³²⁴ Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. ADRIÁN ARNÁIZ, A.J., “Las conexiones subsidiarias...”, op. cit., pp. 45-66; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar., “Contrato internacional de seguro”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis., (Dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 410-433; DE ANGULO RODRÍGUEZ, M., “Artículo 10.5 C.c.”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975)*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 520 y ss; REMIRO BROTONS, A., “Artículo 10.5”..., op. cit. pp. 289-321; SANTOS BRIZ, J., “Las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales en el nuevo Título Preliminar del Código Civil”, en *D.J.*, 1974, pp. 1370-1392.

en relación con el supuesto de la cesión de créditos la previsibilidad de la Ley aplicable vendrá determinada por la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica. Se entendía el contrato de cesión de créditos como un contrato en que el lo que se cede es la titularidad sobre un derecho, lo más lógico y apropiado es aplicar la Ley de la residencia habitual del cedente como regla general, todo dependerá de las concretas funciones que asuman las partes en el contrato de cesión; mayores problemas se plantearan a la hora de determinar quien es el prestador característico en el contrato de *factoring*, puesto que dependiendo de las funciones que realice la empresa de *factor* este podrá ser el prestador característico y por ello se aplicará al contrato de *factoring* la ley del domicilio de la empresa o de residencia habitual del factor³²⁵.

En segundo lugar debemos concluir que el Reglamento Roma I elimina los supuestos de *bad forum shopping*: las partes ya no provocarán vínculos ocasionales del contrato con un país determinado, para evitar que conozcan del asunto unos tribunales concretos con la finalidad de excluir la aplicación de una determinada Ley. Lo anterior se consigue gracias a que el Reglamento Roma I y su antecesor el Convenio de Roma supusieron la unificación de las normas de conflicto de todos los Estados comunitarios en el ámbito contractual internacional, para que la ley aplicable a un supuesto fuera la misma con independencia del país cuyos tribunales estuvieran conociendo del asunto.

Así pues, la uniformidad de soluciones judiciales garantiza una libre circulación de sentencias por todo el territorio comunitario, se proponen sistemas ágiles y veloces de reconocimiento y ejecución de sentencias entre Estados comunitarios (un ejemplo de lo anterior lo observamos con el Reglamento 44/2001) favoreciéndose la contratación internacional, derivado del hecho de la previsibilidad tanto de los tribunales competentes como de la Ley aplicable a un contrato internacional.

En tercer lugar debemos hacer especial referencia a la finalidad aclaratoria de los Considerandos introducidos en el Reglamento Roma I. Especial referencia de cara al contrato de cesión de créditos tienen los Considerandos 13 y 14 y específicamente las cláusulas de “incorporación por referencia”.

³²⁵ El contrato de *factoring* será objeto de estudio posteriormente, sin embargo debemos tener en cuenta que dentro del supuesto general pueden tener cabida diferentes excepciones.

No obstante lo anterior, el Reglamento Roma I también presenta cuestiones negativas. El Reglamento Roma I debería haber solucionado cuestiones problemáticas ya conocidas a través del Convenio de Roma. El Reglamento Roma I no define conceptos muy importantes imprescindibles de cara a evitar la incompatibilidad o la duplicidad de soluciones como sucede con las nociones de: “vínculos manifiestamente más estrechos”, “prestador característico” o “conflicto de leyes” entre otros. En estos casos la normativa comunitaria establece que para el supuesto de que existan dudas en relación a determinados conceptos no regulados de forma expresa en el Reglamento Roma I nunca deberá recurrirse a las nociones que de tales figuras jurídicas tengan los derechos nacionales, siempre deberá recurrirse a los criterios propios fijados en el Reglamento, entonces ¿cómo solucionamos los conceptos no regulados? No quedará otra solución que la vía jurisprudencial o doctrinal y por ende en estos casos el problema se plantea por la posibilidad de soluciones cuanto menos contradictorias, ya que los tribunales de los Estados miembros pueden interpretar de diferente “forma” las diferentes nociones dadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Otro ejemplo de lo anterior lo encontramos con la definición de “conflicto de leyes” donde existen varias posiciones encontradas, lo lógico es entender aplicable la “Tesis del elemento extranjero puro” y entender que un supuesto interno se internacionaliza con la sola existencia de un elemento internacional con independencia de su naturaleza o el tipo de elemento. Lo mismo sucede con la prueba del derecho extranjero, la redacción del Reglamento conlleva a una solución cuanto menos “injusta”: si las partes no consiguieran probar el derecho extranjero (lo cual puede suceder en numerosas ocasiones en el ámbito contractual internacional) en virtud de la aplicación del Reglamento se “deberá desestimar la pretensión contractual basada en el derecho extranjero”. Todo esto se hubiera solucionado con un análisis más detallado de los conceptos más problemáticos del Reglamento. Por el contrario un buen ejemplo de solución de los problemas anteriores lo encontramos en el artículo 9 apartado primero del Reglamento Roma I en relación con el concepto de “Leyes de Policía”.

Por otro lado se nos plantea un problema característico de cualquier Convenio o Reglamento: los Estados ratifican los Convenios y en su caso los Reglamentos Comunitarios sin “derogar” la concreta normativa interna coincidente en la materia. Es lo que ha sucedido en España con el artículo 10.5 del C.c. español que regula la Ley

aplicable a las obligaciones contractuales, este artículo no ha sido derogado y en relación con un contrato internacional sólo lo podemos considerar “desplazado” por las normas comunitarias. La aplicación del Reglamento Roma I y en su momento del Convenio de Roma han “desplazado” la aplicación de la normativa interna en materia de contratos internacionales. La doble regulación en ocasiones conlleva un caos “legislativo” y como hemos podido comprobar en muchas ocasiones nuestros tribunales no han dictado sentencias “sumamente acertadas” en este ámbito.

Una vez explicados los supuestos problemáticos también debemos tener presentes las posibles “paradojas” que plantean la aplicación práctica del Reglamento Roma I, estamos haciendo referencia a los supuestos de “contratos conflictualmente típicos y materialmente atípicos”. En el comercio internacional la gran mayoría de los contratos son “materialmente atípicos”, es decir, en determinados supuestos nos podemos encontrar con un contrato que “no responde al esquema de contrato legalmente configurado en el concreto ordenamiento estatal”. Lo anterior se puede producir por varios supuestos: en primer lugar porque nos encontremos ante “contratos mixtos”, es decir, contratos que contienen varios elementos legales de distintos contratos, en segundo lugar podemos mencionar los supuestos de “contratos atípicos propios del comercio internacional”, normalmente en el ámbito internacional tienen cabida contratos “nuevos” imposibles para el ámbito interno (*Joint Venture*); en tercer lugar debemos tener presente que las partes que intervienen en el comercio internacional pueden tener sus “propios objetivos económicos” diferentes de los meramente internos, en ocasiones se crean “corrientes de comercio internacional”. De otro lado hay que tener en cuenta que cuando los operadores actúan en el comercio internacional podrán verse “salpicados” por la normativa de los países en los que actúan, un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en la enorme “influencia” que el derecho o la “práctica norteamericana” tiene en nuestra legislación, así nos encontramos con figuras jurídicas totalmente desconocidas en nuestro derecho pero que con la práctica internacional están adquiriendo gran relevancia; son los supuestos de “*Time Sharing*” o aprovechamiento por turnos y en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere el contrato de *Factoring* Internacional es decir cesiones globales de créditos. También podemos encontrarnos con supuestos de contratos típicos y que sin embargo tengan diferente regulación dependiendo de los ordenamientos en presencia. La ley estatal que regula los citados contratos será la encargada de precisar “su modo de regulación”.

Otra crítica a realizar al Reglamento Roma I es que no ha simplificado nada el esquema de puntos de conexión contenidos en el Convenio de Roma en relación con la determinación de la Ley aplicable en defecto de pacto de elección de Ley por las partes. De nuevo contamos con puntos de conexión en cascada o jerárquicos. A igual que sucedía con el Convenio de Roma nos encontramos con que toda la base del Reglamento gira en torno al principio de libertad de elección de los contratantes o de autonomía de la voluntad (art. 3). Si las partes han hecho uso de su autonomía de la voluntad ésta deberá respetarse, sin embargo el Reglamento Roma I impone unos requisitos (en ocasiones no del todo acertados) para que la elección de ley sea válida:

Es imprescindible que sea una Ley estatal, no pudiendo admitirse un contrato regulado sólo por conjuntos normativos no estatales con independencia de que estos en algunas ocasiones sean más específicos y más completos que la propia Ley estatal. Lo lógico sería admitir la posibilidad de que los conjuntos normativos no estatales sirvan de complemento a la Ley estatal elegida por las partes como mínimo; y el problema en este punto se solucionaría atribuyendo a las cláusulas de incorporación por referencia el valor que les asigne la ley que regule el contrato, en definitiva hoy en día todavía son consideradas meros pactos privados inter partes.

Como adelantábamos anteriormente también podemos objetar al Reglamento Roma I que la estructura del artículo 4 sigue siendo muy complicada y sigue basándose en la cláusula de la prestación característica para determinar el derecho aplicable. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el artículo 4.1 del Reglamento Roma I introduce una importante novedad en relación con el Convenio de Roma: aporta una lista de los “ocho contratos” a los que se les determina expresamente la ley aplicable, sin embargo la novedad también puede ser objeto de críticas: ¿por qué sólo incluyeron esos 8 contratos? Parece que son los contratos menos problemáticos pero no por ello los más comunes en la práctica internacional; ¿por qué no se incluyeron otros contratos comunes en la práctica internacional mucho más complejos como pueden ser el contrato de distribución, de cesión de créditos, de *factoring*....? La labor del legislador no ha sido del todo correcta en este extremo puesto que la determinación de la Ley aplicable de los contratos incluidos dentro de la lista del artículo 4.1 no conlleva mayores problemas y

hubiera sido conveniente determinar la ley aplicable expresamente en relación con supuestos más problemáticos.

Con el análisis del resto de puntos de conexión del artículo 4 seguimos evidenciando nuevas lagunas: el artículo 4.2 continúa con la ley de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica, aquí los redactores del Reglamento tenían que haber sido más específicos y concretos estableciendo una definición de prestador característico, puesto que muchas veces pueden existir verdaderos problemas a la hora de determinar el verdadero prestador característico como sucede con el contrato de *factoring*. Por otro lado, el artículo 4.3 de nuevo vuelve a dejar constancia de la importancia de los vínculos más estrechos, se establece que de forma “excepcional” y a pesar de que la Ley aplicable al contrato pudiera determinarse por las vías de los apartados 1 o 2 del artículo 4 podrá aplicarse otra Ley por entender que sea la “más vinculada” con el supuesto. En este caso de nuevo se favorece la previsibilidad de la ley aplicable y por ende la previsibilidad de la sentencia.

Todos los supuestos problemáticos quedan salvados con la cláusula de cierre contenida en el artículo 4.4 al indicar que cuando nos encontremos ante un contrato donde se den los siguientes requisitos: donde las partes no haya hecho uso de su facultad de elección de Ley, contrato excluido de la lista de los ocho contratos o cuando no exista prestación característica o cuando incluso existiendo prestación característica esta no pudiera determinarse, se aplicará la Ley del país con la que el contrato presente vínculos más estrechos, siendo lo más lógico en estos casos recurrir al resto de datos del contrato. De vital importancia en estos casos hubiera sido que el legislador elaborara una tabla ejemplificativa (o un sistema de presunciones) de lo que deba entenderse por vínculos más estrechos, puesto que dejar esto en manos de desarrollo jurisprudencial o doctrinal puede conllevar a aplicar soluciones discrepantes y en ocasiones conlleva la aplicación de leyes poco previsibles para las partes.

Todo lo anterior se puede resumir en lo siguiente: en cuestiones concretas el Reglamento Roma I ha supuesto un avance en relación con el Convenio de Roma, sin embargo de cara a la definición de determinados conceptos y en relación con los contratos incluidos en su regulación, no ha cubierto muchas de las expectativas de los legisladores y de los actores del comercio internacional. Sin embargo los mayores

problemas de la citada legislación comunitaria vienen determinados por su aplicación práctica. Los tribunales en ocasiones no tienen en cuenta que el texto internacional goza de un carácter universal frente a la aplicación de las normas de producción interna. También podremos encontrarnos sentencias contradictorias de los tribunales comunitarios de cara a la determinación de determinados conceptos como pueden ser la cláusula de los vínculos más estrechos o la prestación característica. Todo lo cual nos sirve para extraer la siguiente conclusión: en determinados supuestos con independencia de la claridad de la regulación internacional y al margen de la calidad del texto internacional (como sucede con el Reglamento Roma I) puede suceder que en aspectos concretos no exista unanimidad por los tribunales de los Estados miembros y por lo tanto se puedan dictar sentencias cuanto menos contradictorias. De nuevo podemos realizarnos la siguiente pregunta ¿hasta que punto la elaboración de textos internacionales con gran calidad técnica pueden acabar con el nacionalismo judicial? Podemos afirmar que el Reglamento Roma I contribuye a lo anterior con el sistema de presunciones fuertes y con el sistema de jerarquía de los puntos de conexión, puesto que al utilizar normas de conflicto rígidas se limita la capacidad discrecional de las partes y de los tribunales, favoreciendo la libertad contractual en primera instancia de cara a garantizar la previsibilidad de la Ley aplicable y en su caso la previsibilidad jurídica en el comercio internacional.

Luego en el supuesto en el que nos encontráramos con un contrato de cesión de créditos en el ámbito comunitario tendríamos que determinar los tribunales competentes a través del Reglamento 44/2001; dichos tribunales y en defecto de pacto de elección de Ley realizado por las partes, determinarían la misma a través de los puntos de conexión del Reglamento Roma I. El posible reconocimiento y en su caso ejecución de la sentencia en otros Estados comunitarios vendría determinada de nuevo por las reglas del Reglamento 44/2001, en cierto modo con estos dos instrumentos se cierra el círculo contractual.

CAPÍTULO V

LA NORMATIVA NACIONAL EN CESIÓN DE CRÉDITOS

1. Ley aplicable en defecto de internacionalidad del litigio

A pesar de que nuestro objeto de estudio es la cesión de créditos en el ámbito internacional, entendemos necesario realizar un breve análisis de la materia en nuestro ámbito interno de cara a completar toda la regulación con la mayor exactitud posible. En las páginas posteriores explicaremos brevemente como es regulada la cesión de créditos desde la perspectiva interna desde el punto de vista del ámbito civil como del mercantil. De igual forma, nos haremos eco de las principales novedades introducidas por los proyectos de reforma tanto del Código Civil en materia de derechos y obligaciones como del Código Mercantil. El presente capítulo finalizará con el análisis de los efectos que la cesión tiene en relación con el deudor y los terceros intervinientes. Debemos adelantar que en nuestra actual regulación interna el legislador sólo recoge la figura de la cesión de créditos, no regula el contrato de *factoring*, de igual forma debemos tener en consideración que sólo será válida la cesión de créditos individuales presentes y no futuros¹.

1.1 La regulación en el Código de Comercio

La primera idea básica en relación con la regulación interna de los créditos es la existencia de una doble normativa. La figura de la cesión de créditos se regula en la sistemática civil en los artículos 1526 a 1536 del Código Civil², artículos 149 a 152 de la Ley Hipotecaria³, así como el artículo 244 del Reglamento Hipotecario⁴. En relación con nuestra legislación mercantil la figura de la cesión tendrá cabida dentro de los artículos 347 y 348 del Código de Comercio⁵. “Esta duplicidad jurídica no provoca disparidad debido a su substancial identidad, si bien puede inducir a redundancias. Ni

¹ Como comprobaremos posteriormente, lo anterior será objeto de cambio con gran acierto en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

² Real Decreto de 24 de julio de 1889

³ Decreto de 8 de febrero de 1946

⁴ Decreto de 14 de febrero de 1947

⁵ Real Decreto de 22 de agosto de 1885

agilidad, ni simplicidad, ni autonomía, ni seguridad se consiguen con una u otra normativa decimonónica⁶”.

Como hemos podido comprobar en los anteriores capítulos sólo podremos hablar de una verdadera cesión de créditos cuando se den los siguientes requisitos: En primer lugar debe existir un auténtico acuerdo de voluntades entre el acreedor originario o cedente y el cesionario, en ocasiones una empresa especializada o factor; en segundo lugar el contrato de cesión de créditos debe tener su origen en una concreta relación jurídica con independencia de la denominación final que reciba, por lo tanto será independiente que nos encontremos ante una compraventa, una permuta, una cesión fiduciaria o cualquier otro negocio atípico, lo verdaderamente importante es el contrato de cesión de crédito. En tercer lugar debemos tener en cuenta que el pacto de cesión de créditos podrá realizarse entre el cedente y el cesionario con independencia de que el deudor no tenga conocimiento de la misma; podemos entender que en cierta medida el deudor es ajeno a esta relación jurídica. En el caso de que se le hubiera notificado la cesión o tuviera conocimiento de la misma sólo supondrá que quedará obligado con el nuevo acreedor o cesionario.

En cierto modo podemos entender que el deudor queda “un poco desprotegido” pero nada más lejos de la realidad puesto que si no tuvo conocimiento de la cesión el pago realizado a favor del primer acreedor o cedente será liberatorio; por el contrario para el supuesto en el que tuviera conocimiento de la misma sólo tendrá efecto liberatorio el pago realizado al cesionario. La posición del deudor nunca debe verse perjudicada por la cesión del crédito puesto que este se cede en su integridad, pasando al nuevo acreedor con todas sus garantías y con todos sus beneficios. En todo caso siempre hay que tener en cuenta que el deudor podrá oponer al nuevo acreedor o cesionario todas las excepciones que tenía en relación con el cedente o primer acreedor hasta el momento en

⁶ GARCÍA MANDALONIZ MARTA., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 12. Con especial consideración la nota al pie número 17. Como afirma esta autora “Nuestra codificación emplea el término <<conocimiento>> sin imponer la notificación judicial o notarial”. Otros medios distintos a través de los cuales el deudor puede tener conocimiento de la cesión o transmisión serían: “los documentos públicos o los títulos de pertenencia del crédito en poder del cesionario (art. 1.464 C.c.)”. ID., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil: Adecuación a las exigencias de la moderna economía crediticia”, en *Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (texto mecanografiado remitido por la autora, en prensa) p. 5.

que tuviera conocimiento de la cesión (siempre y cuando no fueran excepciones personalísimas)⁷.

La regulación del tema objeto de estudio dentro de la compraventa no es algo aislado a nuestro tiempos, como señala un importante sector doctrinal “la movilización de los créditos enlaza con el contrato de compraventa desde que nuestro primigenio Código de Comercio de 1829 decidiera insertar los artículos (382 a 384) dedicados a <<la venta de créditos no endosables>> en el seno del Título III del Libro II <<de las compras y ventas mercantiles>>. Se identificó la cesión con una (la más común) de las causas que puede dar lugar a ella: el contrato de compraventa⁸”. Y como hemos podido comprobar a lo largo de todo nuestro estudio, el contrato de cesión de créditos puede tener su origen en multitud de causas y no sólo en relación con un contrato de compraventa; otros contratos como la donación, la permuta, la prestación de servicios, gestión, aportación social... podrán ser el origen de un contrato de cesión de créditos⁹.

En relación con el artículo 347¹⁰ hay que concretar que se aplica a los “*créditos mercantiles no endosables ni al portador*”, en estos casos el artículo indica que sólo es necesario poner en conocimiento del deudor la transmisión para que este quede obligado con el cesionario, de tal forma que si realizara el pago al cedente no quedará liberado¹¹.

⁷ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. MUÑOZ GONZÁLEZ, A.J., “La cesión de créditos como medio de financiación del consumo” (En línea) <http://www.iuristantum/cesion.htm>, p. 1 ; (última consulta mayo 2014): “El acuerdo de voluntades procedentes del antiguo y nuevo acreedor, articulado conforme al tipo negocial de compraventa, permuta, aportación social, cesión fiduciaria en función de garantía, pago, atribución gratuita o, simplemente, conforme a un esquema negocial atípico. Este negocio jurídico se va a caracterizar especialmente por que el deudor no es parte en el contrato de cesión, ni puede evitarla, y así lo ha venido reconociendo la jurisprudencia: la cesión de créditos puede hacerse validamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a este tenga otro alcance, que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento, el hecho en favor del cedente. Claro que, hemos de tener en cuenta que esta posición, a primera vista debilitada del deudor, se ve reforzada por la circunstancia de que el crédito se transmite en su integridad, pasando al nuevo acreedor con todas sus garantías, pero también con todas sus ventajas. Es decir, ya que el deudor no ha consentido expresamente podrá oponer al nuevo acreedor las mismas excepciones y tachas que al acreedor cedente, siempre que sean previas al conocimiento de la cesión y que no sean personalísimas”. De igual forma GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 12. ID., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 4.

⁸ GARCÍA MANDALONIZ MARTA., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 17.

⁹ *Ibidem*. Con gran maestría igualmente: PANTALEÓN PRIETO, Fernando., “La cesión...”, op. cit., p. 1038.

¹⁰ Real Decreto de 22 de agosto de 1885

¹¹ El art. 347 del Código de Comercio viene a indicar que los créditos mercantiles no endosables ni al portador podrán ser transferidos al cesionario sin necesidad de que el deudor diera su conocimiento, en todo caso, una vez que el deudor tuvo conocimiento de la cesión quedará obligado para con el cesionario.

Es decir, la transmisión del crédito se producirá con independencia de la notificación o no al deudor. Resulta acertado entender que el artículo 347 del Código de Comercio recoge los razonamientos de un sistema consensualista a semejanza del Código de 1829, puesto que el efecto traslativo del crédito se producía con independencia de que se produjera la entrega del crédito¹².

Con respecto a la eficacia de la cesión tenemos que diferenciar entre el deudor y terceros de la relación jurídica (esta distinción también la podíamos encontrar en el Código de Comercio de 1829). El artículo 347 sólo exige la notificación al deudor, luego en el caso de conflicto entre terceros, es decir entre acreedores del cedente y del cesionario o entre cesionarios diversos del mismo crédito, siempre será preferente la fecha de la cesión, es decir el título o contrato, sin necesidad de que ya se hubiera producido la entrega del crédito¹³.

Si el deudor había tenido conocimiento de la cesión, el pago al cedente no sería liberatorio (solución que se recoge en los dos Códigos de Comercio), salvo que el cedente siguiera estando legitimado para adquirir el pago por diversas circunstancias; (pueden darse los supuestos en los que el cedente vuelve a adquirir el crédito, o supuestos en los que el cesionario le autoriza a adquirir el pago o incluso en ocasiones la cesión no se ha realizado correctamente).

El citado artículo, no deja claro que sucede en el supuesto en el que el deudor paga al cedente porque conocía la cesión pero esta no le ha sido notificada formalmente. Podríamos decir que el primer párrafo del artículo 347 del Código de Comercio no exige que la notificación sea expresa sino que, basta con el deudor tenga conocimiento de la cesión; en definitiva todo dependerá de la supuesta mala fe del deudor¹⁴.

Por otro lado, el párrafo segundo del art. 347 indica que es la notificación lo que vincula al deudor con el cesionario y por ende una cesión sin notificación carecería de eficacia (postura que recoge igualmente el art. 383 del Código de Comercio de 1829).

En definitiva el efecto traslativo de la cesión se produce con independencia de la entrega del crédito. De otro lado, el artículo 348 del mismo Código se refiere a la responsabilidad del cedente, viene a indicar que el cedente debe responder de la legitimidad del crédito y de la personalidad del cesionario pero no responderá de la solvencia del deudor salvo pacto en contrario.

¹² GAVIDIA SANCHEZ, J. V, *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos (Formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1993, p. 134.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Ibidem*, p.135.

Podíamos entender que los dos párrafos del artículo 347 son contradictorios, pero nada más lejos de la realidad, tenemos que diferenciar dos momentos: antes de la notificación al deudor, este quedaría liberado si pagase al cedente siempre y cuando no hubiere tenido conocimiento de la misma por cualquier otro medio. La negativa a pagar al cesionario puede tener consecuencias cuando conociera que la deuda había sido transferida, luego el deudor sí quedará obligado para con el cesionario cuando haya tenido conocimiento de la transmisión del crédito. Ya no podría negarle el pago, salvo en ocasiones excepcionales, como pueden ser: que la cesión no se hubiera producido realmente, cuando el cesionario hubiera cedido de nuevo el crédito a un tercero o incluso los supuestos en los que el cesionario no quisiera entregar al deudor el documento de cesión que previamente le había entregado el cedente. Todo lo anterior nos sirve para extraer la siguiente conclusión: la regulación mercantil implica que se produce el efecto traslativo de la cesión con independencia de su entrega¹⁵.

Lo lógico es entender que si el deudor tuvo conocimiento de la cesión por cualquier medio aunque no se le hubiera notificado la misma, sólo quedará liberado de su obligación cuando pague al cesionario, así se deduce del propio artículo 347.1 pues indica que para que se produzca el efecto liberatorio del deudor “*basta poner en su conocimiento la transferencia*” con independencia de que el deudor haya dado su consentimiento o no. De lo anterior se deducen una serie de consecuencias:

La primera es que el artículo 347 del Código de Comercio de 1881 establece la transmisión del crédito con independencia de que el deudor no diera su consentimiento, luego existirá la plena transmisibilidad de los derechos inter vivos¹⁶.

En segundo lugar, el crédito se transmitirá con independencia de que haya sido o no notificada al deudor, es decir, el efecto traslativo existirá con independencia de que el deudor conociera o no la cesión.

Por último, hay que tener presente que el pago que realiza el deudor al cedente en el supuesto de que la cesión no le hubiera sido notificada, tendrá efecto liberatorio puesto

¹⁵ Como hemos podido comprobar a lo largo del presente estudio, en este momento la legislación interna española coincide con la práctica internacional.

¹⁶ *Ibidem*, p.137. De nuevo comprobamos las similitudes con la práctica internacional puesto que como ya hemos podido analizar a lo largo de los capítulos anteriores los créditos pueden transmitirse sin el consentimiento del deudor, a salvo quedarán los supuestos en los que nos encontremos con obligaciones estrictamente personales.

que el deudor no tenía conocimiento de la cesión, con independencia de que el cedente continúe o no siendo el titular del crédito y con independencia de que esté o no legitimado para cobrarlo¹⁷.

Parece que esta última opción no está prevista en el apartado segundo del artículo 347, puesto que si el deudor tenía conocimiento de la cesión (aunque no se le notificara) y aún así realizó el pago al cedente, se entiende que actuó con mala fe y por ello ese pago no tendrá efecto liberatorio. “La cesión no conocida ni notificada es eficaz, por lo que el pago hecho al cedente carece de eficacia liberatoria, ya que este no está legitimado verdaderamente, ni siquiera para el deudor, para cobrar un crédito que ya no le pertenece. Si el pago que le hace el deudor puede tener efecto liberatorio, sólo puede serlo por razones de equidad, basadas en la buena fe del deudor, esto es, en que no tuviera conocimiento de la cesión y no en que no le hubiera sido notificada¹⁸”.

Lo anterior choca con el apartado primero del artículo 347 puesto que recoge la expresión “*dar conocimiento*” de la cesión y no conocer la cesión. Se entiende que todo depende de la prueba, es decir, dependerá del cesionario probar que el deudor tenía conocimiento de la cesión y aún así pago al cedente.

En definitiva, si el deudor consiente la cesión, el pago que realice al cedente no tendrá efecto liberatorio, incluso no podrá oponer al cesionario las excepciones que tuviera con el cedente si ya las conocía al tiempo de dar su consentimiento a la cesión, se sigue así con la tradición del *ius commune*, postura que también podemos ver recogida en el artículo 1198 apartado primero del Código Civil antiguo apartado primero del 1128 del Código isabelino¹⁹.

Por último tenemos que mencionar que el artículo 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque²⁰ remite a los artículos 347 y 348 del Código de Comercio a la hora de regular la cesión ordinaria de la letra de cambio. En el apartado primero del artículo establece que la cesión ordinaria de la letra de cambio supondrá la transmisión al cesionario de todos los derechos del cedente de la misma forma que lo establecido por los artículos 347 y 348 del Código de Comercio. Así pues, nos encontramos con que en la Ley

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*, p.139.

¹⁹ *Ibidem*, p.141.

²⁰ Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. BOE 19 de julio de 1985.

Cambiaría y del Cheque tampoco será necesario el consentimiento del deudor para que la transferencia del crédito sea válida. El segundo apartado viene a indicar que el cesionario siempre tendrá derecho a la entrega de la letra con independencia de que la transmisión de la misma se realice por vía deferente a la figura de endoso.

De otro lado el artículo 348 de nuestra actual regulación establece los supuestos de responsabilidad del cedente. Este responderá de la legitimidad del crédito y de la “personalidad con quien hizo la cesión” pero no de la solvencia del deudor; quedando a salvo los supuestos en los que las partes hubieran pactado lo contrario.

1.2 El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil

Finalizamos el estudio de la cesión de créditos desde un punto de vista mercantil haciendo referencia al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aprobado el 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros²¹; el citado anteproyecto tuvo como antecedentes la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de la Codificación por orden de 7 de noviembre de 2006. La importancia de la nueva regulación queda acreditada por el hecho de que el tráfico jurídico actual necesita la sustitución de un Código de Comercio de 1885. En estos momentos en el que el intercambio de las transacciones comerciales necesita de especial agilidad y concreción se hacía imprescindible integrar toda la legislación mercantil existente en un único texto legal. El nuevo texto legal intentará aglutinar toda la regulación mercantil existente en Libros, Títulos, Capítulos y artículos a semejanza de los Códigos franceses. Concretamente el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil está compuesto de 1726 artículos divididos en: una exposición de motivos, un título preliminar, siete libros, seis disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales.

²¹ Vid texto en línea www.mjusticia.gob.es (última visualización diciembre 2014); es importante en este punto Vid. Dictamen 5 2014 Sobre el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, sesión ordinaria del pleno de 25 de junio de 2014, 17 p. Vid en línea www.ces.es última visualización marzo 2015. Concretamente en su p. 10 se indica que dentro del Libro IV de los contratos y de las obligaciones mercantiles en general y a su vez incluido en el articulado del Título VII, “De los Contratos financieros” “aclara la noción de estos contratos y regula aquellos que son considerados como básicos: el contrato de depósito de dinero, el contrato de préstamo mercantil, el contrato de apertura de crédito, el contrato de crédito documentario, el contrato de arrendamiento financiero (*leasing*), los contratos de garantía, el contrato de cuenta corriente y los contratos de cesiones financieras de créditos que son tres: el de descuento, *factoring* y *confirming*”.

El problema con la nueva regulación vendrá determinado por el hecho de que se intenta aglutinar en un único cuerpo legal toda la regulación existente en el ámbito mercantil que por cuestiones de volatilidad en el tiempo y por las necesidades del tráfico, está en constante movimiento y necesita de grandes cambios. De otro lado debemos tener en consideración que actualmente en el ámbito mercantil contamos con una buena y específica regulación por sectores prácticamente imposibles de unificar (la regulación de materias de forma específica es imprescindible pues de otro modo sería imposible abarcar todo el contenido); luego en ocasiones el nuevo código se convierte en un “caos” desde el punto de vista de las materias objeto de regulación; lo cual acarrea varios problemas prácticos de primer orden: el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil regula de forma muy extensa determinadas figuras jurídicas poco útiles en nuestro tráfico jurídico (sociedades anónimas y modificaciones que sólo se implementarán en grandes cotizadas) y por el contrario, para el supuesto de figuras jurídicas vitales en los tiempos actuales se produce una regulación muy breve y escasa, como sucede con el contrato de *factoring*.

Por último, todo lo anterior (la materia mercantil es una materia sectorial y por ello muy amplia y específica) nos lleva a dejar constancia de un nuevo error cometido por el legislador: la amplitud de su articulado. Una regulación por sectores y con enormes criterios de publicidad como la actual es muy difícil que pueda unificarse en un solo código, implicaría descartar temas específicos y por ende falta de desarrollo en numerosas cuestiones vitales como sucede en este caso (cesión de la provisión cambiaria, prohibición de compensación, *factoring*, fianza, aval, cesión global de activo y pasivo...)

En lo que a nuestro estudio se refiere (la cesión de créditos) hay que tener presente que los artículos 347 y 348 del Código de Comercio serán objeto de un estudio mucho más detallado por la nueva regulación, en concreto serán desarrollados a lo largo del Libro Cuarto “De las obligaciones y los contratos mercantiles en general” concretamente en su Título V bajo la rúbrica “De las cesiones de créditos mercantiles”; el artículo 450 será el encargado de regular la cesión de créditos a lo largo de nueve apartados²²

²² Vid con gran maestría: GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., pp. 17-18: “la nueva Propuesta de Código Mercantil elaborada

Por otra parte el Libro Quinto “De los contratos mercantiles en particular”, específicamente en su Título VII “De los contratos financieros” Capítulo VII “De las cesiones financieras de créditos” regula en la Sección 2ª y Sección 3ª el contrato de descuento y el contrato de factoraje o *factoring* respectivamente.

En relación con el contrato de cesión de créditos (Libro Cuarto Título V) tenemos que analizar el artículo 450 en sus nueve apartados: En el artículo 450-1 se establece que las normas del presente título serán aplicables a todas aquellas cesiones de créditos mercantiles realizadas a título oneroso. En su párrafo segundo se establece que estas normas no serán aplicables a las cesiones especiales de créditos y en caso de aplicarse tendrán carácter subsidiario.

En el artículo 450-2 se introducen importantes modificaciones en relación con el régimen anterior (tanto civil como mercantil) puesto que a la hora de regular el objeto de la cesión se establece que podrán ser objeto de la misma tanto los créditos existentes o futuros, en su totalidad o en parte con el único requisito de que sean identificables. Se entenderán que han sido transferidos (se refiere de nuevo tanto a los créditos existentes como a los futuros) en el momento de celebrarse el acuerdo de cesión salvo pacto en contrario de las partes²³.

El artículo 450-3 de nuevo supone una novedad en relación con la normativa anterior puesto que expresamente indica que la cesión no afectará a los derechos ni a las

por la Sección segunda de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación- de nuevo, sin encuentro ni comunicación con su Sección primera- y se presentaba por el Ministerio de Justicia por el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO el 17 de junio de 2013, abriéndose a consulta pública hasta el 15 de noviembre de 2013, y seis meses más tarde volcada con alteraciones en un Proyecto de Ley. El polémico, por muy criticado, Libro IV de la PCM se aventuraba a construir, bajo la rúbrica “de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”, una teoría general <<especial>> frente a la teoría general <<común>> o civil, donde, en el quinto y último de sus Títulos, consagraba las reglas de la cesión ordinaria de los créditos mercantiles a título oneroso con la manifiesta pretensión de <<facilitar su circulación con la necesaria seguridad para los interesados>>. Vid específicamente la Exposición de motivos del Anteproyecto con especial consideración de la p. 75.

²³ Por fin llegó el momento de que nuestra normativa interna se adaptara a la internacional, concretamente observamos grandes similitudes con los artículos 9.1.4 y 9.1.5 de los Principios UNIDROIT; sólo en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil se admitirán las cesiones parciales y futuras de créditos. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. GARCÍA MANDALONIZ MARTA., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 21; como afirma la profesora MANDALONIZ, “Por su parte, la regulación tiene la pretensión de <<facilitar su circulación con la necesaria seguridad jurídica para los interesados>>. La cesión es posible expresamente para <<uno o más créditos existentes o futuros, en su totalidad o en parte, siempre que sean identificables. Tanto respecto de los existentes como de los futuros, se entiende realizada la transmisión de los créditos desde el momento de la celebración del acuerdo de cesión, salvo pacto en contra>>. ID., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 18.

obligaciones del deudor salvo que el lo consintiera. De nuevo nos encontramos con la admisión del principio general de que la cesión no debe suponer un menoscabo en los derechos del deudor²⁴.

Si seguimos analizando el Proyecto podemos comprobar que también el artículo 450-4 supone una importante innovación al hacer referencia de forma expresa a una figura jurídica que antes era regulada fuera de la cesión: la prenda. En el caso de los créditos garantizados con prenda, se establece en el artículo que salvo pacto en contrario: “el cesionario podrá exigir la entrega de la cosa pignorada que estuviera en poder del cedente, pero no de la que estuviera en poder del deudor o de un tercero”; cuando esta le fuera entregada el cesionario deberá cumplir con todas las obligaciones del derecho de prenda y responderá de forma solidaria con el cedente de su cumplimiento.

De otro lado, el artículo 450-5 trata el tema de la responsabilidad del cedente de un crédito, guarda enormes similitudes con el artículo 348 de nuestra actual regulación ya que en su apartado segundo se establece que “el cedente no responderá de la solvencia del deudor a menos que su insolvencia sea notoria y anterior a la transmisión o se haya pactado otra cosa”. Por el contrario una parte del apartado primero constituye una nueva visión de la responsabilidad del cedente puesto que de forma expresa se establece que: éste responderá frente al cesionario (salvo pacto en contrario) de los perjuicios que le ocasione la inexistencia del crédito o falta de titularidad²⁵; “así como también de los

²⁴ A grandes rasgos podemos indicar como importante novedad en relación con el régimen anterior la mención de forma expresa de que la cesión del crédito no podrá afectar a los derechos y obligaciones del deudor salvo que el lo consintiera. No obstante lo anterior, podemos decir que nos encontramos con un principio de sobra conocido por nuestra normativa y en su caso por la normativa internacional (art. 9.1.7 apartado segundo de los Principios UNIDROIT entre otros). Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 19 “La protección del deudor es el pilar privilegiado sobre el que descansa todo el sistema”. A lo largo de todo el estudio comprobaremos con dicha protección es el *leitmotiv* de muchos instrumentos internacionales. Un ejemplo lo podremos encontrar en el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional de 12 de diciembre de 2001, objeto de estudio en el Capítulo posterior, el Capítulo VI, donde se indica que: “Salvo que se produzca el consentimiento del deudor o haya una disposición en contra en la Convención, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de éste ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario”.

²⁵ Esto ya estaba recogido en la regulación anterior, concretamente en el artículo 348 del Código de Comercio de 1885. Del mismo modo Vid. GARCÍA MANDALONIZ MARTA., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 21: “También excepto pacto en contrario, el cedente responde de la existencia del crédito y de su falta de titularidad. No responde, en cambio, de la solvencia del deudor, con la salvedad de estos dos supuestos: el primero, la insolvencia notoria y anterior a la transmisión y, en segundo, el pacto”. ID., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 18.

que sufra si el deudor cedido opusiere las excepciones o derechos de compensación oponibles”²⁶.

El artículo 450-6 tiene gran trascendencia puesto que de forma expresa dentro de la cesión de créditos se recoge la figura jurídica de la notificación. A continuación mencionaremos las notas más características:

En el apartado primero del citado artículo se indica que la notificación al deudor podrá realizarse tanto por el cedente como por el cesionario, pero como novedad se establece que una vez notificada la cesión al deudor sólo el cesionario podrá dar instrucciones de pago. El deudor en todo caso tendrá derecho a pedir al cesionario una prueba suficiente al cesionario de que la transferencia se ha realizado²⁷.

En el apartado segundo del artículo 450-6 tiene grandes similitudes con el actual artículo 347 del Código de Comercio de 1885 donde se indica que una vez notificada la cesión del crédito al deudor este quedará obligado con el nuevo acreedor o cesionario y sólo será válido el pago realizado a favor del cesionario²⁸. El pago tendrá efectos liberatorios con independencia de que la “notificación de la cesión o de las instrucciones de pago se hayan realizado en contra de lo previsto en el acuerdo de cesión, sin perjuicio de la responsabilidad de la parte que incumplió dicho acuerdo”.

Por otro lado el artículo 450-7 es el encargado de regular las excepciones y los derechos de compensación oponibles; se entiende que el deudor podrá oponer al cesionario todas las excepciones y la compensación que tuviera frente al cedente, con

²⁶ Importante novedad en relación con el actual artículo 348 del Código de Comercio. El artículo 450-5 reglamenta partes de las obligaciones que el artículo 9.1.15 de los Principios UNIDROIT indica como obligaciones del cedente; es decir, este responderá de la existencia y por lo tanto legitimidad del crédito al tiempo de realizarse la cesión (quedando a salvo los créditos futuros) y por otro lado deberá el cedente debe garantizar que el deudor no tiene excepción alguna.

²⁷ Igualmente, GARCÍA MANDALONIZ MARTA., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 21. ID., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 19. De nuevo en este punto la legislación interna española intenta aproximarse a la normativa internacional, en donde se entendía que si el deudor tenía dudas acerca de quien era el titular del derecho de crédito y por lo tanto a favor de quien debía realizar la prestación debida, tendría derecho a pedir al cesionario o “acreedor aparente” una prueba suficiente de ella; en este caso el cesionario estaría obligado a otorgar la prueba suficiente en un plazo razonable de tiempo. El propio artículo 9.1.12 de los Principios UNIDROIT establecía dicha posibilidad cuando era el cesionario el que realizaba la notificación de la cesión al deudor. Se entiende que entiende que lo lógico es que se puedan suspender el pago hasta que el deudor tenga prueba suficiente de la cesión. Otra vez podemos observar la gran calidad técnica de los Principios UNIDROIT y como en este caso pueden llegar a servir como complemento para los ordenamientos internos.

²⁸ El citado artículo recoge las mismas disposiciones que el artículo 9.1.10 de los Principios UNIDROIT.

independencia de que derivara del contrato originario o de cualquier otro contrato causa de la misma cesión e incluso podrá oponer cualquier otra compensación que surgiera en el momento de la cesión del crédito²⁹.

El apartado segundo supone una innovación en relación con nuestro actual régimen ya que se hace referencia a los créditos a los consumidores, se especifica que salvo en este tipo de créditos (créditos a los consumidores) el deudor podrá pactar con el cedente no oponer frente al cesionario las excepciones anteriores.

En el apartado tercero se establece que el deudor no podrá renunciar a oponer las excepciones derivadas de su incapacidad o la mala fe del cedente o del cesionario.

De otro lado hay que tener presente la imposibilidad de reintegro al deudor de las sumas que hubiera pagado al cedente y al cesionario en el caso de incumplimiento del contrato de origen del cedente, a salvo quedarían los supuestos de créditos a los consumidores. Dicha imposibilidad de reintegro se recoge en el artículo 450-8.

Por último debemos mencionar el artículo 450-9 donde se indican los pactos no oponibles, en definitiva, el deudor no podrá oponer al cesionario los pactos que tuviera con el cedente que en cualquier medida limiten la transmisión del crédito. El cedente en todo caso responderá de los daños y perjuicios que el incumplimiento del pacto ocasione al deudor³⁰. “La regulación general sobre cesión de créditos mercantiles acaba

²⁹ De nuevo nos encontramos con una gran semejanza con la redacción del artículo 9.1.13 de los Principios UNIDROIT. Como afirma la profesora GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 21: “Una vez notificado, el deudor queda obligado frente al cesionario como nuevo acreedor, a quien puede oponer las excepciones y compensaciones que hubieran sido oponibles frente al cedente, salvo convenio en contrario del deudor y el cedente”. ID., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 19. En este punto encontramos una contradicción entre la futura regulación mercantil y la actual regulación civil ya que, el artículo 1198 del C.c. no admite la posibilidad de oponer la compensación frente al cesionario. Aunque será objeto de estudio en un apartado posterior de este Capítulo, debemos adelantar que como señala la profesora MANDALONIZ: “El artículo 1198 del C.c. hace una pronunciamiento en sentido negativo, al no dejar oponer frente al cesionario la compensación-que se entiende extendida a las demás excepciones- que le corresponda contra el cedente cuando hubiera daños que sufra el cesionario a causa de las excepciones y derechos de compensación que el deudor tiene derecho a oponer”. No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que el pago que realice a favor del cesionario tras la notificación sí tendrá efectos liberatorios con independencia de que la notificación hubiera contravenido las propias estipulaciones del acuerdo de cesión. Así se deduce de la lectura del artículo 450-6.2º al establecer: “Sin perjuicio de la responsabilidad de la parte que incumplió dicho acuerdo”.

³⁰ Otra vez existen grandes semejanzas en relación con los Principios UNIDROIT, concretamente con el artículo 9.1.9 donde se establecen las cláusulas de prohibición de la cesión. De igual modo, GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 19. No se admiten los pactos de incedibilidad que existieran entre los primeros contratantes. “Bajo el reinado del principio *favor cessionis*, la eficacia es plena e inmediata una vez perfeccionada la cesión,

con esta previsión –que echa el cierre al Libro IV de la PCM –sin abordar el sistema de prelación del cesionario frente a cualquier otro reclamante”³¹.

No podemos terminar con el estudio del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil sin hacer referencia a las cesiones financieras de créditos. Como indicábamos al comienzo de este apartado de dicha cuestión se ocupa el Libro Quinto “De los contratos mercantiles en particular”, en concreto en el Título VII “De los contratos financieros”, Capítulo VII “De las cesiones financieras de créditos” donde se regula el contrato de descuento y el contrato de factoraje³².

La sección Primera del Capítulo VII reglamenta las disposiciones generales de las cesiones financieras de créditos. En concreto el artículo 577 en su apartado primero establece la noción. Para que nos encontremos ante cesiones financieras de créditos mercantiles se deberán cumplir varios requisitos: En primer lugar, que el cedente sea “un operador del mercado”. En segundo lugar que los créditos cedidos sean parte de la actividad profesional o empresarial del cedente. En tercer lugar debe darse el requisito adicional de que el cesionario sea “una entidad de crédito, un fondo de titulización o una entidad o patrimonio separado que tenga como objeto exclusivo la adquisición de créditos mercantiles por medio de estas cesiones”. En cuarto lugar se hace imprescindible que la cesión se realice por escrito y que por ende conste su fecha de celebración. La quinta condición necesaria es que el cesionario debe pagar al cedente al contado o a plazo el importe íntegro de los costes cedidos con la deducción del coste de los servicios prestados. La última condición supone que el cesionario certifique que ha abonado al cedente (totalmente o parcialmente) el importe del crédito que ha sido objeto de cesión antes de su fecha de vencimiento, sin que existiera pacto en el que el cesionario respondiera de la solvencia del deudor frente al cedente³³.

sin perjuicio de la responsabilidad que el cedente asume frente al deudor por los daños y perjuicios que el incumplimiento del pacto de intransmisibilidad le hubiera podido ocasionar”.

³¹ *Ibidem*

³² A pesar de que el contrato de factoraje o *factoring* será objeto de estudio en el posterior capítulo entendemos que es lógico desarrollar en este apartado la regulación recogida en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

³³ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. Como afirma la profesora GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos...”, op. cit., pp. 21-22. “En la noción de <<cesiones financieras de créditos mercantiles>> se admite la posibilidad de que los créditos cedidos pertenezcan a la actividad profesional del cedente junto a la de que esos créditos provengan de su actividad empresarial”. ID., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., pp. 20-21

El artículo 577 en su apartado segundo indica que todo este tipo de cesiones podrán oponerse a terceros desde el momento (fecha) de su celebración siempre y cuando los créditos fueran determinables. En el supuesto en el que los créditos no fueran determinables, la cesión sólo podrá ser oponible a partir de la “fecha de la firma del documento por el que se proceda a dicha especificación o fijación de los criterios de determinación”. Si un tercero cuestionara la fecha de la cesión este tendrá la carga de la prueba.

Las disposiciones generales finalizan con el apartado tercero del artículo 577 donde se recogen los supuestos en los que el cedente entra en concurso. En el apartado primero se establece que cuando el cedente entre en concurso todas las cesiones de esta Sección podrán ser revocables de conformidad con la aplicación de la normativa concursal siempre y cuando se comprobara la mala fe del cedente y del cesionario. Los pagos realizados a favor del cedente podrán ser restituidos una vez que fuera declarado en concurso; en todo caso serán considerados como créditos fruto de la actividad empresarial o profesionales del deudor tras la declaración del concurso.

Por otro lado, el artículo 577-3 en su apartado segundo indica que los pagos realizados por el deudor a favor del cesionario no estarán sujetos a la cancelación prevista por la concreta normativa concursal cuando el deudor de los créditos cedidos sea declarado en concurso. No obstante lo anterior, sí podrá realizarse la acción de rescisión cuando los pagos se hayan realizado con fecha de vencimiento posterior al concurso o cuando quien ejercite la misma pruebe que el cedente o en su caso el cesionario tenían conocimiento de la insolvencia del deudor cedido al tiempo de la fecha de pago del cesionario al cedente. La rescisión sólo afectara al cesionario cuando así lo pactaran expresamente las partes.

Una vez explicadas las nociones generales debemos hacer referencia de forma suscitan a la regulación que el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil realiza a favor del contrato de descuento. Dicha figura jurídica también será objeto de estudio por el artículo 577.

Concretamente el artículo 577-4 establece la definición de contrato de descuento, se entenderá por tal aquel contrato en el que un empresario, en nuestro caso el descontante paga el importe de un crédito que todavía no ha sido vencido a su titular, en estos casos

el operador del mercado, el descontatario, a cambio de los intereses y comisiones que previamente descontante y descontatario hubieran pactado. Por ende, indica expresamente que el “descontatario es el operador de mercado titular del crédito dinerario no vencido”³⁴. Lo anterior tendrá una excepción: cuando el crédito descontado hubiera llegado a buen fin.

El artículo 577-5 indica el objeto del contrato de descuento, se entiende que podrán ser objeto del citado contrato cualquier efecto del comercio y cualquier otro título valor, con la salvedad del cheque, también podrán ser objeto del contrato de descuento los derechos de crédito, incluso los derechos de crédito futuros, con independencia de su forma de representación y con independencia de que estén incorporados o no a un documento³⁵.

El artículo 577-6 enumera las obligaciones del descontante. En primer lugar el descontante estará obligado a anticipar el crédito, reduciéndose del importe total los intereses y las comisiones que las partes hubieran pactado. Como segunda obligación tendrá que llevar a cabo todos los actos necesarios para la conservación del crédito objeto del contrato de descuento como de las garantías del mismo. En último lugar el descontante estará obligado a devolver al descontatario tanto los créditos como sus títulos representativos cuando al descontante le hubieran sido pagadas las cantidades debidas.

Por el contrario el artículo 577-7 recoge las obligaciones del descontatario. La primera obligación del descontatario será transmitir la absoluta titularidad del crédito al descontante. No obstante, el supuesto anterior tendrá una excepción: cuando la propia naturaleza del crédito o del derecho de crédito impida lo anterior. En segundo lugar tendrá la obligación de pagar tanto los intereses como las comisiones pactadas previamente. En último lugar deberá restituir (sólo en caso de que no se hubiera pagado el crédito descontado) las cantidades que debía al descontante, será únicamente el descontatario el que responda del retraso en el cumplimiento de esta obligación.

Por otra parte, el artículo 577-8 regula las posibles acciones que tiene el descontante, este podrá retener los documentos descontados y ejercitar en su caso el

³⁴ *Ibidem*, p. 23.

³⁵ Otra vez podemos comprobar con gran acierto que nuestra legislación interna trata de suprimir al máximo posible las formalidades para garantizar al máximo posible la validez de los contratos.

derecho reintegro cuando los créditos objeto del contrato de descuento no hubieran sido pagados y por ello no hubieran sido restablecidos por el descontatario. Dicha acción podrá ser realizada a través de varias vías: el descontante podrá acudir a la vía extrajudicial y ejercitar la compensación a través del adeudo de la cantidad en la cuenta del descontatario y por otro lado, el descontante podrá acudir a la vía judicial y ejercitar la acción causal del contrato de descuento o cualquier otra acción que se derive del crédito descontado.

La regulación del contrato de descuento finaliza con el artículo 577-9 donde se recogen los supuestos de concurso del descontatario. En el apartado primero se establece que en caso de concurso de este, el descontante tendrá derecho a que se le devuelvan las cantidades que hubiera recibido del deudor del crédito objeto de cesión. El apartado segundo indica que los créditos contingentes no pagados tendrán la consideración de créditos ordinarios³⁶. El apartado tercero se concreta que el descuento que se hubiera realizado durante el concurso, por el impago de los créditos descontados, se realizará a cargo de la masa. En último apartado del artículo indica una precisión obvia; durante el concurso el descuento se regirá por las condiciones que las partes hubieran establecidas en el contrato de descuento.

Una vez analizado el contrato de descuento debemos analizar el contrato de factoraje o contrato de *factoring*, figura jurídica de vital importancia en relación con la cesión de créditos (objeto de estudio en mayor profundidad posteriormente) Antes de comenzar con su estudio debemos mencionar que en esta materia la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación ha sido objeto de importantes modificaciones en la adopción del texto final del contrato de factoraje en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

Tanto en la Propuesta como en el Anteproyecto, el artículo encargado de la regulación del contrato de *factoring* es el 577 concretamente apartado 10 a 13. Sin embargo, la primera diferencia ya se puede observar en el artículo 577-10 con la propia noción; en la Propuesta se hablaba de contrato de *factoring* y en el Anteproyecto se decide regular la figura jurídica bajo la denominación de contrato de factoraje³⁷. Se

³⁶ El propio artículo especifica lo que deba entenderse por créditos contingentes: “Los efectos descontados pendientes de vencimiento al tiempo de declararse el concurso”.

³⁷ *Ibidem*, p. 23.

entiende que existirá un contrato de factoraje cuando un operador del mercado, en nuestro caso el proveedor, realiza un contrato con un empresario o factor, para cederle uno o varios créditos de los que es titular (el propio artículo introduce expresamente la referencia titular en el futuro) a cambio de los intereses y en su caso las comisiones que pacten las partes, en nuestro caso cedente y factor o empresa de *factoring*. El artículo continua estableciendo que el factor tendrá que asumir como mínimo la gestión de los créditos cedidos, no obstante también podrá asumir otras funciones como son: la función de financiación del proveedor, asumir en determinados supuestos el riesgo de insolvencia del deudor o deudores o incluso funciones tales como la llevanza de la contabilidad, realizar estudios de mercado o de investigación así como selección de los posibles clientes³⁸.

El artículo 577-11 es trascendental al especificar los diferentes tipos de contrato de factoraje. Se entiende que existirá un contrato de “factoraje propio o sin recurso” cuando el factor asume el riesgo de insolvencia de los deudores. Sin embargo, nos encontraremos ante un contrato de “factoraje impropio o con recurso” cuando es el proveedor y no el factor el que garantiza la insolvencia de los deudores ya sea a través de la restitución de los créditos cedidos o por cualquier otro medio admitido en derecho³⁹.

El artículo 577-12 regula los efectos del contrato de factoraje, se entiende que con independencia del tipo de contrato de factoraje ante el que nos encontremos, un contrato de estas características conllevará los correspondientes efectos sobre la traslación de la titularidad del derecho, a salvo de lo anterior quedarán los supuestos en los que el factor asuma como única obligación principal la de gestión de los cobros de los créditos.

³⁸ *Ibidem*. A título anecdótico reproducimos el artículo 577-10 de la Propuesta de Código Mercantil para evidenciar las grandes mejoras sufridas en el texto final. No obstante la observación anterior, entendemos que hubiera sido más adecuado seguir utilizando para estos contratos la denominación de *factoring*. La redacción del artículo en sus orígenes era la siguiente: “Por el contrato de *factoring* uno de los empresario contratantes, el proveedor, se obliga a ceder uno o varios créditos de los que sea o pueda ser titular en el futuro, asumiendo el otro contratante, el factor, respecto de los créditos cedidos, al menos una de las obligaciones siguientes:

- a) Gestionar el cobro de los créditos.
- b) Financiar al proveedor.
- c) Asumir el riesgo de insolvencia de los deudores.

Asimismo el factor podrá asumir otras obligaciones tales como la llevanza de la contabilidad, realizar el estudios de mercado o investigar y seleccionar la clientela”.

El resto de artículos simplemente ha sufrido la modificación de la denominación.

³⁹ Como hemos venido explicando a lo largo de este apartado el contrato de *factoring* será objeto de estudio en un capítulo posterior y específicamente los tipos de *factoring* y su correspondiente aplicación práctica.

La regulación del contrato de factoraje finaliza en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil con el artículo 577-13 donde se reglamenta el régimen de concurso. Se entiende que las acciones de crédito que provengan de un contrato de factoraje no podrán ser rescindidas en el supuesto en el cedente o el deudor estuvieran en concurso “más que en los términos previstos en las disposiciones generales sobre cesiones financieras de créditos, sin perjuicio de la vigencia del contrato conforme a las reglas establecidas en la normativa concursal”.

A grosso modo podemos concluir que la propuesta del nuevo Código mercantil es mucho más ambiciosa que la actual regulación, recoge figuras nuevas como son la posibilidad de cesión de créditos futuros o la cesión de parte de los créditos, regula de forma expresa la figura de la notificación, las excepciones oponibles, el reintegro de las sumas satisfechas y los pactos no oponibles. Lo anterior no es óbice para constatar que estamos en el buen camino, debemos elogiar el trabajo de más de siete años de un elenco de reputados juristas gracias a los cuales nuestra legislación se actualiza constantemente. En mi humilde opinión, debería existir una única regulación acorde con los nuevos conceptos jurídicos que surgen derivados de las necesidades del tráfico jurídico⁴⁰ sin embargo, la pretendida unificación puede provocar un efecto no deseado: un texto poco práctico y extremadamente complicado para los sujetos intervinientes, además la pretendida unificación de leyes en determinados sectores podrá suponer la escasa regulación en materias muy específicas como ha quedado demostrado con la regulación del contrato de factoraje⁴¹.

⁴⁰ “Discurso pronunciado durante la entrega del XV Premio de Estudios Jurídicos Universitarios Manuel Broseta”, en líneas generales el Ministro alaba la labor realizada por la Comisión General de Codificación desde finales del año 2006 a la hora de aglutinar todos los textos legales existentes en materia mercantil y poder garantizar en mayor medida la seguridad jurídica.

⁴¹ Debemos apuntar un hecho trascendental en relación con nuestro objeto de estudio, tanto la Sección 1ª (civil) como la Sección 2ª (mercantil) de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia están trabajando para llegar a un acuerdo en materia de obligaciones y contratos y desbloquear así la paralización del Anteproyecto de la Ley de Código Mercantil, entendemos que la paralización se debe a la falta de acuerdo entre las dos Secciones. Vid. Diario de noticias, ed. La Ley de 13 de marzo de 2015 (REF. CJ 62072/2015) En palabras de VIGIL, Almudena: “(...) Pero también hay otro texto pendiente que todavía puede tener su última oportunidad: el nuevo Código Mercantil. Aunque ya se daba por hecho que el proyecto no vería la luz en esta legislatura, fuentes del Ministerio aseguran que no se descarta todavía por completo que pueda ser presentado en Consejo de Ministros en las próximas semanas. Para ello, será necesario que se solventen los problemas surgidos en el seno de la comisión de codificación entre los “mercantilistas” y los “civilistas”. Si finalmente entre ellos se llega a alcanzar un consenso sobre el texto a proponer ante de mayo, el ministro podría todavía valorar presentarlo a Consejo de Ministros, de forma que dé tiempo a su aprobación definitiva en la actual legislatura”.

No podemos finalizar el estudio de la normativa mercantil sin mencionar la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999 de 5 de enero reguladora de la entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras⁴².

La citada Ley será de aplicación para las cesiones de créditos realizadas en el marco de un contrato de cesión empresarial siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos (con independencia de que el deudor sea un sujeto particular o una Administración Pública). La disposición Adicional Tercera se divide en cuatro apartados. Dicha disposición legal “llegó a romper (bien que quizás sí a rasgar) su atipicidad legal, como tampoco quedó rota luego por el tratamiento fiscal que en el Impuesto sobre el Valor Añadido se efectuó a través de la Resolución 1/2004, de 6 de febrero. Esta dilatada atipicidad en nuestro sistema legal terminaría en la hipótesis –de baja probabilidad- de convertirse el comentado Anteproyecto de Ley del Código mercantil en normativa vigente tras el correspondiente procedimiento parlamentario. Nos sumáramos así a la corriente que se ha ido extendiendo en la última década y media por distintos países de Hispanoamérica (como Nicaragua, México, Uruguay, Perú, Colombia o Chile) de normar estos contratos financieros y, en particular, el *factoring*, largamente difundidos, aun sin regulación legal, en el tráfico comercial”⁴³.

El primer apartado se divide a su vez en cinco subapartados⁴⁴.

El primer requisito exigido por el apartado 1.1 indica que para que se aplique la Ley 1/1999 será necesario que el cedente sea un empresario y que los créditos cedidos tengan como origen su actividad empresarial.

⁴² Vid. BOE núm. 5 de 6 de enero 1999, pp. 366-375. Debemos tener en cuenta que la citada Ley ha quedado derogada con la excepción de las disposiciones adicionales tercera y cuarta por la disposición derogatoria de la Ley 25/2005 de 24 de noviembre reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (BOE 25 de noviembre).

⁴³ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 23.

⁴⁴ Como señala GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos...”, op. cit., pp. 16-17 “(...) En o que de modo particular hace a las cesiones empresariales llevadas a cabo en el marco de la actividad contractual de *factoring* cuyo cesionario sea una entidad de crédito o un fondo de titulización, la (prácticamente en su totalidad derogada) Ley 1/1999 de 5 de enero, (...) sigue regulando en la disposición adicional tercera-sin ánimo exhaustivo y de manera criticable- la cesión global de crédito futuros. Un estrechísimo límite temporal añade el apartado tercero: que los créditos futuros <<nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde [la fecha de la cesión]>> o que conste en la cesión <<la identidad de los futuros deudores>>”.

El segundo requisito o condición de aplicación viene determinado por el cesionario, artículo 1.2: será necesario que sea una “entidad de crédito” o un “Fondo de titulización”.

En tercer lugar el apartado 1.3 indica que será necesario para garantizar la validez de la cesión que los créditos sean existentes al tiempo de realizarse el contrato de cesión, o que hubieran surgido derivados del ejercicio de la actividad profesional del cedente en plazo máximo de un año desde esa fecha o cuando en el contrato de cesión conste la identidad de los futuros deudores.

La cuarta condición recogida en el apartado 1.4 viene determinada por la forma de pago, el cesionario puede pagar al cedente al contado o por pago aplazado o diferido el importe total de los créditos cedidos con la deducción del coste de los servicios prestados.

El apartado primero finaliza con la quinta condición o requisito donde se indica que salvo que las partes hubieran pactado que el cesionario respondiera frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se debe acreditar que el cesionario ha pagado al cedente una parte o la totalidad del crédito cedido antes de su vencimiento.

De otro lado el apartado segundo de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999 de entidades de Capital-Riesgo es el encargado de desarrollar la eficacia de las cesiones de créditos en relación con los terceros. Se entiende que las cesiones de créditos empresariales tendrá efectos desde el momento en el que se realizó el contrato de cesión entre el cedente y el cesionario, la certeza de la fecha deberá quedar acreditada a través de alguno de los medios establecidos por los artículos 1227 y 1228 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho⁴⁵.

⁴⁵ En líneas generales los citados artículos vienen a indicar que la fecha de un documento privado tendrá validez desde el mismo momento de su inscripción en un Registro Público, o desde el día en que falleciese uno de los firmantes o desde el día en que se entregó a un Funcionario Público en razón de su cargo.

El apartado tercero indica expresamente que en caso de que el cedente cayera en concurso de acreedores los contratos de cesión podrán ser “rescindibles” de conformidad con el artículo 71 de la Ley Concursal ⁴⁶.

La Disposición Adicional Tercera termina con el apartado 4 donde se establece que los pagos que el deudor realice a favor del cesionario no se sujetarán al artículo 71.1 de la Ley 22/2003 de 9 de julio cuando el deudor hubiere sido declarado en concurso en relación con los créditos cedidos. Por otro lado se entiende que la acción rescisoria sí tendrá cabida para aquellos supuestos en los que se hubieran realizado pagos con fecha de vencimiento posterior a la fecha del concurso o cuando quien ejercite la citada acción pueda probar que el cedente o incluso el cesionario tenían conocimiento de la situación de insolvencia del deudor cedido en el momento de realizar el pago el cesionario a favor del cedente. La citada revocación no afectará al cesionario salvo que las partes hubieran pactado lo contrario expresamente en el contrato.

Todo lo anterior nos sirve para extraer la siguiente conclusión: las cesiones financieras de créditos hoy en día han cobrado protagonismo bajo el principio de autonomía de la voluntad⁴⁷. Sin embargo, la globalidad de los mercados hace imprescindible la existencia de una regulación específica en la materia para que los operadores tengan la mayor seguridad jurídica posible. Este nuevo Código favorece el principio de autonomía de la voluntad reduciendo al máximo posible las formalidades a la hora de la elaboración de un contrato de crédito. Se produce así el fomento del comercio y por ello de la contratación internacional al conseguirse una reducción significativa de los costes⁴⁸.

1.3 La regulación en el Código Civil

Como hemos avanzado en las anteriores páginas, la regulación de la cesión de créditos en relación con la normativa civil se encuentra dentro los artículos 1526 a 1536 del Código Civil⁴⁹, artículos 149 a 152 de la Ley Hipotecaria⁵⁰, así como el artículo 244

⁴⁶ El artículo 71 de la Ley 22/2003 de la Ley Concursal de 9 de julio, donde se regula el régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación. En el citado artículo se establecen unos requisitos específicos para que los acuerdos de refinanciación, así como cualquier otro negocio, acto o pago realizados por el deudor sean rescindibles.

⁴⁷ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 23

⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889

del Reglamento Hipotecario⁵¹. En relación con el Código Civil como ya hemos indicado al comienzo de este Capítulo, el primer problema con el que nos encontramos en relación con la figura de la cesión de créditos es su propia ubicación; al analizar el Código nos encontramos con que la cesión de créditos se encuentra dentro del Libro Cuarto que es el encargado de regular las obligaciones y contratos, a su vez se encuentra dentro del Título IV que está dedicado al contrato de compraventa y de forma más concreta dentro del Capítulo VII del Código Civil bajo la denominación: “De las transmisiones de créditos y demás derechos incorporales”. A nuestro juicio lo más apropiado sería que el contrato de cesión de créditos hubiera sido objeto de regulación en un Título propio y no dentro del contrato de compraventa, puesto que el contrato de cesión de créditos puede tener origen en muchos contratos y no sólo en el contrato de compraventa⁵².

De vital importancia y de especial complejidad es el artículo 1526 del Código Civil en relación con nuestro objeto de estudio (aunque a simple vista pudiera no parecerlo); el citado artículo se divide en dos apartados, en concreto el apartado primero establece que la cesión de un crédito, un derecho o en su caso una acción, sólo producirá efectos en relación con un tercero desde que la fecha sea tenida por cierta de conformidad con la aplicación de los artículos 1218 y 1227 del citado texto⁵³. El apartado segundo indica que en relación con un bien inmueble la cesión tendrá efectos en relación con los terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro.

En definitiva, podemos afirmar que el párrafo primero del artículo 1526 a pesar de lo que indica un importante sector doctrinal⁵⁴, no es una simple aplicación de los artículos 1218 y 1227 del C.c., por el contrario implica un requisito de forma adicional,

⁵⁰ Decreto de 8 de febrero de 1946

⁵¹ Decreto de 14 de febrero de 1947

⁵² De igual forma: Como afirma la profesora GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos...”, op. cit., p.17. ID., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 3

⁵³ Como ya hemos indicado anteriormente el artículo 1218 en relación con los documentos públicos viene a indicar que tiene eficacia probatoria en relación con terceros intervinientes desde el momento de su otorgamiento. De igual modo harán prueba en relación contra los contratantes y los causahabientes. Por el contrario el artículo 1227 es el encargado de regular cuando un documento privado tiene eficacia probatoria en relación con los terceros intervinientes cuando se hubiere incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de las partes que lo firmaron o desde el mismo momento en que el documento fue entregado a un funcionario público en razón de su cargo.

⁵⁴ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil Español*, Vols. III y IV, Barcelona, 1973, p. 497 y ss; este autor no recoge la conclusión anterior.

dicho requisito supondrá la necesidad de que la cesión deba realizarse por escrito⁵⁵. Siempre hay que tener en cuenta que la cesión realizada de forma verbal vinculará al cedente y al cesionario con independencia de que se hubiera notificado la cesión al deudor cedido, sin embargo no surtirá efectos en relación a los terceros⁵⁶. Es decir, una cesión realizada sin publicidad sólo podrá afectar a las personas que la han realizado⁵⁷. En estos supuestos en los que existe un documento privado, no importará la fecha de consignación del mismo puesto que en el artículo 1227 del C.c. se indica que la certeza de la fecha del documento en relación a los terceros intervinientes será desde su incorporación al Registro público, desde la muerte de cualquiera de los firmantes o desde el día en que se entregase el documento a un funcionario público en razón de su oficio⁵⁸.

El legislador en nuestro Código entiende que la base de la cesión se encuentra en un documento, con independencia de que sea público o privado. Esta presunción supone que no debemos entender al párrafo primero del artículo 1526 como una simple aplicación de los artículos 1218 y 1227 del Código Civil: “Nuestro legislador, antiformalista por tradición y principio, inconscientemente tal vez y para un preciso rigor en garantizar los buenos efectos de la cesión con respecto a terceros, introduce una exigencia claramente formal para hacer efectiva la cesión en relación con tales terceros⁵⁹”.

Mayores problemas plantea el artículo 1526 en relación con los terceros. La Ley establece que en relación a los terceros no será válida la cesión de créditos cuya fecha no conste en modo auténtico; no obstante se nos plantea la siguiente cuestión⁶⁰: ¿Podemos incluir dentro del término tercero al deudor cedido? La mayoría de la doctrina entiende que dentro del término tercero no tiene cabida el deudor cedido⁶¹. Para

⁵⁵ NAVARRO PÉREZ, José Luis., *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, 2ª ed., Córdoba, Ibarra de Arce, 1998, pp.182-183.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 183.

⁵⁷ PÉREZ GONZALEZ Y ALGUER, *Comentarios a ENNECERUS: Derecho de obligaciones*, Tomo II, vol. 1º, pp. 397-398; de igual forma MADRIDEJOS SARASOLA, “La cesión de créditos” en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1961, pp. 381 y ss.

⁵⁸ BADENES GASSET, Ramón., *El contrato de compraventa*, Tomo I, Bosch, 1979, p. 1069.

⁵⁹ NAVARRO PEREZ, J.L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 184.

⁶⁰ *Ibidem*

⁶¹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Barcelona, 1974, pp. 142-143. 143; de igual forma: ROCA SASTRE Y ROCA MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1992, p. 872. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios a los artículos 1526 y siguientes*

este sector doctrinal el término tercero “hay que entenderlo en sentido amplio, con la única exclusión del deudor. Son terceros cualesquiera no intervinientes en el negocio que origina la cesión, pero pueden serlos también los posteriores adquirentes en el caso de la doble cesión, o del tercero hipotecario⁶²”. En gran parte de las sentencias que resuelven problemas prácticos de cesiones de créditos, los tribunales entienden que no existe la necesidad de comunicar la transmisión de los mismos a terceros intervinientes y por el contrario sí puede existir dicha obligación de comunicación en relación con el deudor cedido. Por todo ello, el propio tribunal entiende que el deudor cedido debe apartarse de la regulación del artículo 1526 y quedar incluido dentro del artículo 1527 por deducir que se encuentra en una situación especialmente privilegiada⁶³. La tesis anterior no puede sostenerse de forma tajante y absoluta puesto que, el artículo 1526 hace referencia a los terceros en general y dentro de esta concepción amplia podría tener cabida el deudor cedido en determinados supuestos. Lo único que se exige es que el deudor tenga conocimiento de la cesión para que esta sea plenamente eficaz⁶⁴.

Sin embargo se nos plantea la duda en el supuesto de que el deudor no tuviera conocimiento de la cesión, en definitiva, ¿antes de que el deudor tuviera conocimiento de la cesión se suspenderá la eficacia de la cesión realizada en fecha cierta?, el artículo 1527 del C.c. indica que el deudor quedara liberado del pago realizado al cedente si no hubiera tenido conocimiento de la cesión. En definitiva, sólo hace referencia al acto de satisfacción del acreedor aparente, en todo caso si por satisfacción se entiende el pago y las restantes formas de cumplimiento de la obligación podemos salvar los llamados “efectos secundarios de la cesión”, como pueden ser los supuestos de devengo de intereses, durante el periodo de tiempo comprendido entre la fecha efectiva de la cesión y el conocimiento que tenga el deudor cedido de la misma; en este caso la cesión se hará a favor del acreedor efectivo. No obstante lo anterior, debemos entender que si el deudor satisface el pago al cedente antes de que tuviera conocimiento de la cesión quedará liberado de su obligación con respecto al cesionario teniendo este último un derecho de repetición con respecto al cedente. De otra parte, si el deudor no realiza el

del *Código Civil en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIX, Madrid, 1980, p. 624.

⁶² NAVARRO PEREZ, J.L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 184.

⁶³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 26 de mayo de 2014 (RJ 2014/2831); Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014/1066); Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007/648) y Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, num. 44, Sentencia número 193/2003 de 24 de septiembre de 2003 AC 2003/1474 entre otras.

⁶⁴ *Ibidem*

pago a favor del cedente y tuviere conocimiento de la cesión deberá pagar al cesionario desde el mismo momento en que tuvo por cierta la fecha de la cesión y en este caso el deudor sí estaría comprendido dentro de los supuestos del artículo 1526 del Código Civil⁶⁵.

Lo anterior no implica una contradicción con el artículo 1198 apartado tercero del Código Civil, puesto que aunque el deudor pueda oponer la excepción de compensación de créditos contra el cedente por los créditos anteriores y posteriores a la cesión hasta que tuvo conocimiento de la misma cuando no haya sido notificada, nos encontraremos ante una forma de proteger los intereses que no podrán verse perjudicados por una actitud de moderación; en definitiva, si el deudor no dispone de créditos contra el cedente o en todo caso, realiza una renuncia a su facultad de compensación, el cesionario podrá disfrutar de los beneficios del crédito desde el mismo momento de la cesión⁶⁶.

Las premisas anteriores también nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿Qué ocurre en los supuestos en los que existe una fecha cierta de cesión pero esta no ha sido notificada al deudor?, en estos casos lo más lógico es entender que la eficacia de la cesión en relación con el deudor cedido se suspende hasta que este último tenga conocimiento de la cesión, en este momento no tendrá sentido la aplicación del artículo 1526 del C.c. En todo caso, hay que entender que la fecha cierta o auténtica de la cesión vinculará a los terceros pero no al deudor cedido, la eficacia de la cesión con respecto al deudor cedido está regulada en el artículo 1527 del C.c. y dependerá del conocimiento que tenga el deudor de la propia cesión. En el momento en que el deudor cedido tenga conocimiento de la cesión esta será eficaz en relación a todos los actos posteriores y anteriores que realice desde el mismo momento de la cesión, dejando a un lado los actos que el acreedor “aparente” realice en el tiempo comprendido entre la fecha de la cesión y el momento en el que el deudor cedido tenga conocimiento de la misma, los actos realizados en ese periodo se entenderán firmes⁶⁷.

Para el supuesto en el que nos encontremos ante una cesión de créditos referido a un bien inmueble tendremos que realizar la siguiente distinción: cesión de créditos

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ *Ibidem*, p. 186.

referidos a bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad de los supuestos de la cesión de créditos cedidos en documento público referidos a bienes inmuebles⁶⁸.

En relación a la primera cuestión, debemos dejar patente que la fecha de la cesión en el caso de créditos sobre inmuebles vendrá determinada por la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo establecido en el artículo 1526 de nuestro Código. Todo quedará sometido al Registro, la cuestión a determinar será si el derecho que se cede tiene que ser inscrito también en el Registro en aplicación de la Ley Hipotecaria, pues si no tuviera carácter de inscribible, el artículo 1526 en su apartado segundo entiende que la fecha cierta de la cesión en relación a los terceros será desde el momento de la inscripción siempre y cuando, los terceros no hubieran tenido conocimiento de la cesión en un momento anterior⁶⁹.

La Ley aplica el mismo sistema que nuestro derecho hipotecario, “la inscripción es declarativa y sólo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral⁷⁰” es decir, la inscripción en el caso de cesiones de créditos referidas a bienes inmuebles no tendrá carácter constitutivo por el contrario sí tendrán tal carácter los derechos reales que garantizan⁷¹.

Para que el crédito afecte a terceros (hipotecarios) es necesario que el mismo esté inscrito⁷², por terceros debemos entender que también se está haciendo referencia a los restantes cesionarios o acreedores, distintos del propio cesionario o primer acreedor que ha intervenido en un primer momento en la transmisión del crédito, lo que sucede en los supuestos de la doble venta, en estos casos el acreedor transmite el mismo crédito a dos personas distintas, si el primer cesionario no inscribió la cesión y el segundo cesionario sí la inscribió se considerará que este último es el legítimo titular⁷³.

En el supuesto de cesión referida a bienes inmuebles la cesión de créditos hipotecarios es especial, se regulada tanto por la Ley Hipotecaria como por su

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ MANRESA, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 403; BADENES GASSET, Ramón., *El contrato de compraventa...*, op. cit., p. 1067.

⁷⁰ NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 187.

⁷¹ *Ibidem*

⁷² BADENES GASSET, Ramón., *El contrato de compraventa...*, op. cit., p. 1069; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 142.

⁷³ GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios a los artículos 1526 y siguientes del Código Civil en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo*, tomo XIX, Madrid, 1980, p. 651. Por lo tanto, todo dependerá del sujeto que sea el primero en realizar la inscripción.

Reglamento, así como por el artículo 1528 del Código Civil. Este artículo indica que la venta o cesión de créditos comprenderá la venta o cesión de todos sus derechos accesorios como pueden ser la prenda, hipoteca, la fianza...

Por otro lado, debemos mencionar los supuestos en los que nos encontramos con créditos cedidos relativos a bienes inmuebles realizados en documento público. Como ya hemos indicado anteriormente es el supuesto recogido en el apartado segundo del artículo 1526 del Código Civil, en estos casos no sólo se nos plantean los problemas típicos de cualquier contrato de cesión sino que también surgen incidentes de cara a la validez del documento público y en relación con la autenticidad de los hechos consignados en dichos documentos⁷⁴. “La fe pública notarial queda harto menguada al no tener trascendencia ni efecto alguno en relación con los terceros, en la cesión de créditos relativos a inmuebles, la fecha de la cesión efectuada en instrumento público; hasta que la escritura no se inscribe en el Registro, es como si la cesión no se hubiese efectuado. Ni la escritura ni su fecha tienen efectos suficientes para vincular a los terceros a la cesión; el valor de la escritura es comparable en tal caso al del documento privado que no hubiese pasado por una oficina o registro público. Ningún efecto⁷⁵”.

Es decir, el único valor que podría tener la escritura sería como requisito previo para que la cesión de créditos referida a bienes inmuebles pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad⁷⁶.

Debemos finalizar el estudio del artículo 1526 con la siguiente cuestión: ¿Qué sucede cuando los terceros intervinientes tienen conocimiento de la cesión antes de que se cumplan los requisitos que el artículo 1526 del C.c. exige? Es evidente que tanto el cedente como el cesionario deben cumplir los requisitos del artículo 1526 del C.c. y en ese caso, los terceros interesados distintos del deudor quedarán afectados por la cesión.

Sin embargo, en ocasiones el tercero tiene conocimiento de la cesión antes de que las partes contratantes cumplan los requisitos establecidos por el artículo 1526 del Código Civil, en ese caso sobre la base del principio de buena fe contractual, se entenderá que los terceros quedarán vinculados desde el mismo momento en que tengan

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁶ *Ibidem*, p. 189.

conocimiento de la misma y así se desprende de la interpretación del artículo 1527 de nuestro texto legislativo⁷⁷.

Todo lo anterior nos lleva a la siguiente conclusión: El cedente en un contrato de cesión estará obligado a entregar el crédito pero la entrega del mismo no supone la producción del efecto traslativo⁷⁸. La mayoría de la doctrina entiende que en el sistema español el cesionario adquiere el crédito con independencia de su entrega⁷⁹. Por otra parte una posición minoritaria de la doctrina defiende lo contrario⁸⁰. Nosotros sin embargo, compartimos la opinión de la doctrina mayoritaria puesto que el sistema español de cesión de créditos no se puede basar en la teoría del título y el modo ya que el efecto traslativo de la cesión se produce sin necesidad de la entrega del crédito⁸¹. “El efecto transmisivo, como regla general, no se sujeta al sistema del título y el modo del artículo 609 CC. La cesión de créditos <<como negocio inter vivos, consensual y típicamente traslativo, se perfecciona por el acuerdo de voluntades de cedente y

⁷⁷ DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, 1975, p. 375. Desde el punto de vista contrario, si el deudor no tuvo conocimiento de la cesión por ningún medio y satisface el importe o realiza el pago a favor del acreedor primitivo se entenderá que dicho pago tiene efectos liberatorios. La finalidad es proteger al deudor de buena fe.

⁷⁸ GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 198.

⁷⁹ Vid nota al pie número 155 de GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 198; donde cita expresamente como parte de la doctrina: ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo II, vol. 1º; 7ª ed., Barcelona, 1983, p. 350; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., p. 806; GARCÍA CANTERO, G., “Comentario a los artículos 1526 y ss del C.c...”, op. cit., pp. 643 y 653; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F DE A., DELGADO ECHEVERRÍA J., RIVERO, F., *Elementos del Derecho Civil*, tomo II, vol. 1º, 2ª ed., Barcelona, 1985, p. 298; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Cesión ...*, op. cit., pp. 1060-1064.

⁸⁰ MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, tomo X, Madrid, 1905, p. 340; NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 74-77; este último autor indica que:

“...[E]ntendemos, pues, que el crédito es un bien patrimonial que puede transmitirse por medio de un negocio jurídico de enajenación, y este negocio jurídico es de idéntica naturaleza al que se realiza para enajenar un bien mueble o inmueble, llámese compraventa, permuta, dación en pago, donación, etc. Lo que ocurre es que ese acto jurídico versa sobre un objeto especial: el crédito. Este objeto exige ciertos requisitos para entenderse transmitido, pero esos requisitos no son de un negocio concreto, ni afectan a su naturaleza que sigue siendo idéntica, ni son suficiente para catalogar un negocio jurídico como autónomo. A nuestro entender, el Código en los artículos 1526 a 1530 lo que hace únicamente es regular la cesión cuando la causa productora de la misma en una venta del crédito. Más al hacerlo así, da una pauta general estableciendo los caracteres de especialidad que por razón del objeto han de introducirse en los negocios que tienen por efecto la cesión, pero sin que ello pueda presuponer que el título de la compraventa sea la única y exclusiva causa que genere el efecto de la cesión ni mucho menos que la cesión en sí revista caracteres negociables...[I]nsistamos en dos aspectos de neta separación conceptual, pero al mismo tiempo mutuamente enlazados: el acto y el efecto. Aunque el primero engendre el segundo, existe entre ellos una tajante diferenciación no comprendida a veces por la doctrina: la diferencia entre el elemento generador y la consecuencia engendrada, entre la causa y el efecto que al actuarse se produce...[E]l acto será el negocio jurídico traslativo, entiéndase donación, permuta, dación en pago, etc.; el objeto sobre el que versa el acto es el crédito; y, por último, el efecto producido por el negocio, que será el paso de la titularidad activa del crédito de manos de una de las partes contratantes a las de la otra, o sea, la cesión del crédito”.

⁸¹ GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 198-207.

cesionario>> y <<produce el efecto de una inmediata transmisión, a favor del cesionario, del crédito del cedente contra el deudor cedido>>, sin requerir <<para ello acto alguno complementario; en particular, un traspaso posesorio a modo de tradición, pese a estar el negocio regulado en el CC en el título de la compraventa”⁸².

Si analizamos las Sentencias del Tribunal Supremo podemos observar que en un primer momento tenían un denominador común: la cesión en sí misma sólo se producía cuando el crédito hubiera sido entregado. A título ejemplificativo y como mera curiosidad podemos citar las siguientes sentencias⁸³:

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1930, en ella el Tribunal resolvió que el adjudicatario de un crédito en subasta judicial no podía ver vulnerado su derecho simplemente porque se hubieran declarado nulas las actuaciones judiciales en un procedimiento del que él no fue ni siquiera parte. En esta sentencia se deja claro por el Tribunal que el adjudicatario sí había adquirido el crédito, siendo el título del mismo la subasta y la *tradittio* o entrega la aprobación judicial. La sentencia concluye con la necesidad de un juicio plenario en el que el adjudicatario fuera parte para que se le hubiera podido privar de su derecho.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1946, en este caso se dilucidaba sobre la posibilidad de que un adjudicatario de un crédito en subasta pudiera verse privado de su derecho por estar el crédito embargado por un juzgado diferente a aquel donde se realizó la subasta. En este procedimiento el embargo del crédito se había realizado después de que hubiera sido librado el testimonio judicial de la subasta. El Tribunal vuelve a concluir que el adjudicatario había adquirido el crédito, puesto que tenía el título y el modo.

⁸² Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Valencia, Tirant Lo Blanch, , 2013 p. 10785.

⁸³ Observamos la antigüedad de las Sentencias, entendemos que la postura con el avance de los tiempos ha ido cambiando. De nuevo debemos dejar constancia de nuestra opinión, entendemos al igual que la mayoría de la doctrina que el efecto traslativo en el contrato de cesión de créditos se produce en el mismo momento en el que las partes realizan el contrato y por lo tanto no será necesario la entrega.

Por otra parte la decisión anterior cuanto menos es polémica, puesto que en el caso en concreto no quedaba claro que el sujeto tuviera absoluta posesión del crédito ya que más que el modo lo que habría adquirido sería la formalización del título⁸⁴.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1956. Se debatía un supuesto de arrendamiento de local en la cual se cedía el derecho arrendaticio, cesión que expresamente estaba prohibida en el propio contrato de arrendamiento. La cesión se producía en escritura pública en virtud de la aplicación de los artículos 1462.2 y 1464 del C.c. (con independencia de que el local ya hubiera sido ocupado).

Si la cesión se hubiera producido el contrato de arrendamiento podría resolverse por incumplimiento de la obligación de no cesión por parte del arrendatario, es decir, la resolución final en este caso no dependía de la teoría del título y el modo a pesar de la propia argumentación del Tribunal, al contrario, el recurrente alegó que el cesionario había infringido el art. 436 del C.c.; pues entendía que la cesión no se había producido ya que el cesionario no había ocupado el local y por ende no había incumplido el contrato. Sin embargo, si entendiésemos que la cesión se produjo con independencia o no de la ocupación del local, es decir, que la entrega no era necesaria para que se produjese la cesión, se habría incumplido el contrato y por ello el contrato de arrendamiento debería resolverse a favor del arrendador.

Por el contrario, el cambio de posición doctrinal de forma tajante se puede observar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1985⁸⁵, en ella el Tribunal entiende que en una compraventa de crédito hipotecario realizada en documento privado y no elevada a escritura pública se produce el efecto traslativo de forma inmediata. En este caso, el Tribunal entendía que aunque la compraventa no se formalizó en escritura pública, la cesión del crédito se produjo puesto que existía un pacto en virtud del cual el cedente adquiría la condición de titular fiduciario respetando siempre las indicaciones del cesionario.

⁸⁴ De vital importancia en este momento es la opinión de GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 201. Compartimos la opinión de este autor: “No está clara la ratio decidendi, porque el embargo del crédito adjudicatario tuvo lugar después de lo que el Tribunal entendía por modo. Habría que ver cuál habría sido la decisión si el embargo se hubiese ordenado después del remate (título) y antes de expedir el testimonio judicial de aprobación (modo). Además parece bastante dudoso que dicho testimonio sea el modo y no la formalización del título”.

⁸⁵ RJ 1985/1157

De igual forma resuelve el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de julio de 2007⁸⁶, en sus Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto el Tribunal establece que en relación con la existencia del contrato de cesión de créditos que “artículo 347 del Código de Comercio (LEG 1885, 2) cuando señala que <<los créditos mercantiles no endosables ni al portador se podrán transferir por el acreedor sin necesidad de consentimiento del deudor bastando poner en su conocimiento la transferencia>>, no establece que tal notificación sea indispensable para la validez misma de la transferencia, sino que la puesta en conocimiento del deudor es a los solos efectos de que no se repunte ilegítimo el pago que se hiciere al acreedor primitivo, dirigiendo al deudor a que pague al nuevo titular STS 23 de junio de 1983⁸⁷, resultando así porque la eficacia y consumación del contrato de cesión no puede hacerse depender de una notificación cuya finalidad está limitada en derecho y respecto de la cual también se ha dicho que es suficiente «que se haga en el acto del emplazamiento en juicio al deudor para que se haya cumplido el precepto del examinado art. 347»”.

Otras sentencias importantes en relación con el efecto traslativo son: Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 767/2000 de 2 de noviembre del 2000⁸⁸ donde se declara que el título no tiene fuerza ejecutiva y por ello no podrá exigirse la deuda ya que no tiene eficacia la póliza donde se realizaba el contrato de crédito al no haberse devuelto los títulos descontados. De nuevo la Audiencia Provincial de Granada en la sentencia 436/2004 de 23 de junio de 2004⁸⁹, establece que para el supuesto de un contrato de cesión de créditos el hecho de la notificación al deudor sólo opera en relación con el efecto liberatorio del pago nada tiene que ver con el efecto traslativo.

De igual modo resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 434/2010 de 22 junio de 2010⁹⁰, en su fundamento de derecho primero la Audiencia indica que: “(...) en concreto del documento aportado con la demanda con el nº 4, por el que la mercantil prestamista "cede y transfiere" a la demandante el crédito que ostenta contra la demandada, aportando el contrato de préstamo y la correspondiente liquidación, cesión que produce efectos traslativos de la titularidad del crédito cedido, entre las partes que la conciertan, y afecta al deudor una vez tenga conocimiento de la

⁸⁶ RJ 2007/4698

⁸⁷ RJ 1983/3682

⁸⁸ AC 2001/995

⁸⁹ JUR 2004/211812

⁹⁰ (JUR 2010/302491)

misma, ya que de no ser así quedará liberado cuando pague o cumpla su obligación frente al primitivo acreedor de conformidad con el artículo 1527 Código Civil, sin que a los efectos de las consecuencias de ésta en relación con la demandada resulte determinante la causa que motivó la cesión y transmisión del crédito, que conforme señala la sentencia apelada, no necesariamente ha de consistir en un contrato autónomo de compraventa, sino que es considerada como efecto traslativo/adquisitivo común a una serie de contratos diferentes que tienen como objeto derechos de crédito, y siendo así que la cesión de créditos es válida al ser transmisibles todas las obligaciones si no se ha pactado lo contrario, de conformidad con los artículos 1112 y 1526 y s.s. del mismo Cuerpo Legal”.

De igual forma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 2014⁹¹ el Tribunal entiende en relación con un contrato de *factoring* que el efecto traslativo de la titularidad de los derechos de crédito a favor del cesionario se produjo en el mismo momento en que se celebró el contrato de *factoring*.

En todo caso, podemos concluir que lo más lógico es entender que en nuestro ordenamiento jurídico la eficacia traslativa del crédito se da con independencia de la entrega del mismo⁹², es decir nos encontramos en presencia de un sistema consensualista sobre la base de los siguientes argumentos:

En primer lugar, las disposiciones del artículo 609 del C.c. no son aplicables a la transmisión y adquisición de créditos sino que se aplican a la propiedad y demás derecho reales, por ello si el art. 1526 del C.c. recoge expresamente la entrega del crédito esta no es imprescindible.

La expresión “propiedad y demás derechos reales” tiene que ser interpretada a la luz de los artículos 609 y 1095 del C.c. así como al amparo de la base número 20 de la Ley de Bases⁹³ que desarrolla la base⁹⁴.

⁹¹ (AC 2014/644) en este caso se entendió que la cesión de los derechos del cedente a favor del cesionario se produjo en un momento anterior al embargo por la Tesorería General de la Seguridad Social y al momento en que cautelarmente se decidió realizar dicha traba.

⁹² *Ibidem*

⁹³ Ley de Bases de 11 de mayo de 1988, por la que se autoriza al Gobierno de Madrid a publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma gaceta de Madrid número 22.

⁹⁴ GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 203.

Del artículo 1464 del C.c. se desprende que la transmisión del crédito se produce con independencia de su entrega, puesto que establece que cuando el objeto del contrato de compraventa es un crédito la obligación de entrega se entiende cumplida en cualquiera de las formas en él previstas, pero no dice nada acerca de la obligatoriedad de la entrega para que la transmisión del crédito se produzca. Antecedentes de esta idea fueron los artículos 1387 del proyecto isabelino y el 1607 del Code. El propio artículo 1464 del C.c. al indicar que el crédito pertenece al cesionario antes de realizarse la entrega parece indicar que el crédito pertenece al comprador desde que se formaliza el contrato, puesto que una de las formas de entender producida la entrega consiste en el “uso que de su derecho haga el comprador. Curiosamente, esa expresión <<su derecho>> se ha venido reiterando siempre que se ha previsto un sistema consensualista de cesión de créditos: Proyecto de C.c. de 1851 (art. 1387), anteproyecto de C.c. (art. 1491) y C.c. (art. 1464). En cambio, en el proyecto de C.c. de 1836, que sí exigía la entrega de los títulos para que se produjese la cesión (art. 1141), al referirse a la entrega de los créditos y otras <<cosas incorpóreas>> no los calificaba como propios del *accipiens* cuando preveía que su uso por el adquirente (con el consentimiento del transmitente) podía hacer las veces de entrega (art. 704). Lo que, por consiguiente, habría que plantearse es si el art. 1464 del C.c. es indicio de que no sólo los créditos sino cualesquiera derechos incorporales se transmiten sin necesidad de que se entienda producida su entrega⁹⁵”

Otros artículos a tener en cuenta son los artículos 1526 y siguientes del Código Civil a la hora de definir el concepto de cesión, en estos artículos se hace referencia no sólo al efecto de la cesión sino al título que la origina. El artículo 1526.1 del C.c. al referirse a la fecha de cesión, hace referencia a la fecha del documento en la que el título fue plasmado como forma de adquirir el crédito con efecto traslativo inmediato y no la fecha en la que se produce la entrega del crédito. La fecha de la inscripción en el Registro (art. 1526.2) será la fecha del asiento de presentación de la escritura de cesión. Por ello, si el deudor conocía la cesión ya no quedará liberado de su deuda pagando al cedente (art. 1527), no es la entrega del crédito al cesionario sino el título mismo con independencia de la entrega del crédito al deudor⁹⁶.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 204.

⁹⁶ *Ibidem*

Es decir, cuando el art. 1528 del C.c. se refiere a “venta o cesión” no puede interpretarse como entrega traslativa sino como un título de cesión. El mismo concepto se desprende del art. 149.1 de la Ley Hipotecaria, puesto que no se refiere a la entrega traslativa de un crédito sino que se está refiriendo al mismo título que produce la cesión. En todo caso, para que esta produzca efectos con respecto a terceros tendrá que constar la certeza de su fecha o la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad⁹⁷. El artículo 149 finaliza con el párrafo tercero indicando que el “cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente”.

En segundo y último lugar debemos destacar que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como los precedentes del Código Civil apoyaban esta solución.

Con respecto a los antecedentes del Código, el proyecto de 1836 se basaba en la teoría del título y el modo al contrario que el proyecto de 1851 o proyecto isabelino que se basaba en la teoría consensualista, en virtud de ella, con el contrato de cesión se transfería el crédito al cesionario sin necesidad de la entrega del mismo, puesto que no se aplicaban a este supuesto las reglas de los derechos reales sino que se aplicaban las reglas específicas de la cesión.

Todo lo anterior no impide que en ocasiones la eficacia traslativa no sea inmediata, nos estamos refiriendo a los casos de cesiones de créditos futuros, a los supuestos de las llamadas “cesiones ajenas” (aquellas en las que el crédito no pertenece al cedente) o los casos de cesiones de créditos con condición suspensiva⁹⁸.

En base a todo lo anterior podemos concluir que la obligación del cedente de entregar el crédito no implica que la entrega sea necesaria para que el cesionario adquiera el crédito, por ello, la eficacia traslativa de la cesión se producirá con independencia de la entrega o no del crédito.

Debemos seguir el estudio de la normativa contenida en el Código Civil con el artículo 1529 el cual indica que el vendedor de buena fe (cedente) sólo debe responder

⁹⁷ *Ibidem*. Debemos tener en cuenta que el artículo 149.1 de la Ley Hipotecaria ha sido redactado por el apartado 3 del artículo 11 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre por la que se modifica la Ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia por la que se establece determinada norma tributaria.

⁹⁸ *Ibidem*

de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta salvo que el crédito hubiera sido vendido como dudoso. En todo caso, se entiende que no responderá de la solvencia del deudor salvo que existiese pacto en contrario o la insolvencia del mismo fuese anterior a la propia cesión y pública. Para estos supuestos el apartado segundo del artículo 1529 indica que el cedente sólo responderá en relación con el precio recibido y los gastos ocasionados de conformidad con el artículo 1518 (gastos necesarios o gastos del contrato). El artículo finaliza con el apartado tercero donde se indica que el vendedor (cedente) de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos incluidos daños y perjuicios.

Completamente relacionado con lo anterior, el artículo 1530 del Código Civil establece que en determinados casos el cedente puede pactar en el contrato su responsabilidad en relación con la solvencia del deudor, en esos supuestos y sólo en defecto de pacto expreso en el contrato, se entenderá que dicha responsabilidad durará un año a contar desde el momento de la cesión, siempre y cuando el crédito ya estuviera vencido. El párrafo segundo recoge los supuestos de créditos no vencidos o pagaderos, se entiende que la responsabilidad debe cesar al año del vencimiento del mismo. El último párrafo, el tercero, se encarga de regular los créditos consistentes en una renta perpetua, la responsabilidad en esos casos quedará extinguida a los 10 años desde el momento en que se ha realizado la cesión del crédito.

El resto del articulado correspondiente al Título VII esta referido a los supuestos de venta de herencia o de ciertos derechos, rentas o productos (arts. 1531-1534). Por otra parte el artículo 1535 también regula la venta pero en este caso la venta de un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a la extinción del mismo cuando pague el precio al cesionario y en su caso las costas e intereses. Un crédito se convertirá en litigioso con el simple hecho de contestar a la demanda. El artículo termina con el párrafo tercero donde se establece que el deudor tiene el plazo de 9 días para usar su derecho contados desde el día en el que el cesionario le reclame el pago.

El Título VII finaliza con el artículo 1536 donde se indica que el plazo anterior tendrá las consiguientes excepciones para los supuestos de cesiones o ventas realizadas “a un coheredero o un condueño del derecho cedido, a un acreedor en pago de su crédito o al poseedor de una finca litigiosa sujeta al derecho litigioso que se ceda”.

En líneas generales podemos afirmar que de forma expresa, la actual regulación del Código Civil sólo admite la posibilidad de contratos de cesión de créditos individuales presentes, no admite la cesión de créditos futuros ni la cesión global de créditos. No obstante, “la doctrina patria y la jurisprudencia han venido estimando viable tanto las cesiones de créditos futuros con suficiente y adecuada determinación (ex arts. 1.271 y 1.273 CC, a semejanza de la venta de cosa futura) como las cesiones globales de créditos (arts. 1.532 CC). Aún así se ha advertido de la cautela de adoptar cuando se trata de una cesión global de créditos futuros en tanto que el artículo 1.526 del CC alude al efecto frente al tercero de la <<cesión de un crédito>>⁹⁹”.

En líneas generales “la doctrina se muestra, en general, favorable a la cesión de créditos futuros (arg. art.1271 CC) siempre que en el negocio de cesión se hubieren fijado los criterios para su determinación sin necesidad de nuevo convenio entre las partes (arg. art. 1273 CC); la titularidad del crédito, se ha dicho, se adquiere directamente por el cesionario-en el momento del nacimiento del crédito-sin precisar ulterior negocio o acto jurídico de entrega; si el crédito no llegase a nacer, el negocio quedará sin efecto por falta de objeto”¹⁰⁰.

La admisión de la cesión de créditos futuros actualmente se produce expresamente sólo a través de dos normativas: Por un lado, en el ámbito de la titulización de activos con el Real Decreto 926/1998 de 14 de mayo¹⁰¹ donde se establece la posibilidad de incorporación a un fondo de titulización de activos tanto los derechos de crédito perteneciente al activo del cedente como se desprende del artículo 2.1 a); como los derechos de créditos futuro que formen parte de ingresos o cobro de cierta magnitud cuya transmisión se formalice a través de la vía contractual y siempre deberá probarse el

⁹⁹ Con gran maestría: GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 15. Vid de forma expresa la nota al pie número 40 donde se recoge expresamente a la doctrina más autorizada en la materia. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios...*, op. cit., pp. . 10783-10881. De igual forma Vid. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio., *Comentario del Código Civil*, Libro IV, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 498-516.

¹⁰⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios...*, op. cit., pp. . 10797.

¹⁰¹ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 15. Es el Real Decreto por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización. BOE núm. 116, de 15 de mayo de 1998 (RCL 1998, 11425). Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., *La financiación de las PYMES*, Navarra, Cizur Menor: Aranzadi, 2003, pp. 250-263: “Este Real Decreto- sin perjuicio de las disposiciones de ejecución y desarrollo del mismo (disposición final única)- compone el marco en el que se han de desenvolver todos los procesos de titulización de activo que no tenga encaje en los Mercados Hipotecario o Eléctrico...”.

oportuno cambio de titularidad como se deduce del artículo 2.1 b) Sin embargo, la modificación del régimen de titulización está previsto en el Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial de 17 de octubre de 2014¹⁰²; en cuyo artículo 16 se indica que “podrán incorporarse a un activo de un fondo de titulización los activos que pertenezcan a algunas de las siguientes categorías”: a) “Derechos de créditos que figuren en el activo del cedente...” y b) “Derechos de crédito futuros que constituyan ingresos o cobros de magnitud conocida o estimada, y cuya transmisión se formalice contractualmente de modo que quede probada de forma inequívoca y fehaciente, la cesión de la titularidad”¹⁰³.

Como ya avanzábamos anteriormente, la admisión de la cesión global de créditos futuros también ha sido objeto de mención expresa en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 de 5 de enero reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras¹⁰⁴, en cuyo apartado primero se indica que esta disposición será aplicable a los créditos que o bien sean existentes al tiempo de celebrarse el contrato o aquellos que nazcan de la actividad empresarial del cedente que lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde esa fecha (desde que se realiza la cesión) o siempre y cuando conste en el contrato al identidad de los futuros deudores (créditos futuros).

No obstante lo anterior, el legislador se ha hecho de eco de la carestía y será una de las importantes modificaciones introducidas por la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (objeto de estudio en un apartado posterior de este Capítulo) Luego hoy por hoy en nuestro ordenamiento la admisión de la cesión global de créditos futuros sólo existe de forma parcial y fragmentaria en relación con la transmisión de específicos créditos.

i) Los efectos de la cesión para el deudor cedido y los terceros

Como ya hemos indicado a lo largo de nuestro trabajo, la cesión de un crédito con independencia del contrato que lo origine, implica la transferencia de la titularidad del

¹⁰² Para un análisis en mayor profundidad del texto completo Vid. www.mineco.gob.es (Última visualización abril 2015)

¹⁰³ El artículo continúa con la definición de lo que debe entenderse por derechos de crédito futuro, a título ejemplificativo podemos citar: derecho del concesionario al cobro de peaje de autopista y los restantes de derechos de similar naturaleza que sean determinados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 16.

¹⁰⁴ *Ibidem*. Vid. Ley 30/2007 de 30 de octubre de contratos del Sector Público, BOE nº 261 de 31 de octubre de 2007, pp. 44.336-44.436 (RCL 2007, 18874).

crédito del primer acreedor o cedente a favor del nuevo acreedor o cesionario; a pesar de que podríamos denominarlas partes “principales” del contrato de cesión, debemos tener en cuenta que si bien el contrato vincula de forma “obligatoria” a estas partes la propia cesión podrá afectar a terceros, más concretamente al deudor del crédito transferido puesto que deberá cumplir su deuda en relación con el nuevo acreedor. En los apartados posteriores trataremos de determinar en qué medida el deudor y en su caso terceros intervinientes quedan vinculados con el nuevo acreedor o cesionario y concretamente el momento a partir del cual su obligación comenzará con el cesionario y no con el cedente. Todo dependerá de si el deudor tuvo conocimiento o no de la cesión y del tipo de conocimiento que tuvo.

ii) Conocimiento de la cesión por el deudor cedido

Nos encontramos con el supuesto en el que el deudor se convierte en un tercero “afectado por un negocio en el que no interviene”, así la característica común de todas las legislaciones es “la protección del deudor de buena fe”, por todo ello serán necesarias unas normas que en cierta medida no empeoren la situación jurídica del deudor puesto que este sólo quedará obligado a cumplir lo que estipuló con el acreedor originario¹⁰⁵.

El deudor también tendrá otra opción para protegerse, a pesar de que no será necesario su conocimiento de la cesión ni su autorización¹⁰⁶, pero sí quedará obligado desde el momento de perfección de la misma con el cesionario, por ello lo lógico es que el cesionario no tenga la carga de probar quien es su acreedor en cada momento, sino que serán el cedente y en su caso el cesionario o los interesados, los que comuniquen la cesión al deudor. En definitiva, si un deudor de buena fe paga al cedente por

¹⁰⁵ REPRESA POLO, M^a Patricia., “Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio”, INDRET, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Mayo 2009, p. 3 y ss.”; ID., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 29-30: La necesidad de protección se recoge en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional de 2004, en uno de sus Considerando establece que deben protegerse los intereses del deudor, y por lo tanto se establecen unas reglas especiales en todo su articulado como son: el pago liberatorio, reintegro de la suma pagada, excepciones oponibles...

¹⁰⁶ Vid. STS de 9 de julio de 1993 (RJ 1993/6001), en ella se establece que, “El contrato de cesión no requiere para su validez y eficacia, ni el consentimiento del deudor, ni el conocimiento del mismo, hasta el punto de que el deudor que queda al margen del contrato y sólo es necesario para que sea eficaz la cesión, obligándole el cedido con el nuevo acreedor...” de igual forma Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002 (RJ 2002/7178) y de 12 de diciembre de 2002 (RJ2003/305) Vid DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 2^a ed., Madrid, Civitas, 1983, pp. 237 y ss. REPRESA POLO, M^a Patricia., *Eficacia de la cesión...*, op. cit. p. 4 y de la misma autora *La cesión de créditos: eficacia entre las partes...*, op. cit..., p. 31.

desconocimiento de la cesión, podemos entender que quedará liberado de su obligación. Lo anterior se recoge en todos los ordenamientos jurídicos con independencia de que conciban la cesión como un negocio causal o como un negocio abstracto. Desde el primer momento en que se perfecciona el negocio que da origen a la cesión, cambiará la titularidad el crédito y será el cesionario el sujeto legitimado a recibir el pago del deudor¹⁰⁷.

Sobre la base de todo lo anterior podemos extraer la siguiente conclusión; para que la cesión sea eficaz deberán cumplirse los requisitos contenidos en los artículos 1526 y 1527 del Código Civil¹⁰⁸, el deudor y los terceros implicados deberán tener constancia auténtica de la cesión. Estas normas también van a determinar los requisitos que debe cumplir la cesión para que sea eficaz frente a los terceros, en definitiva, aquí se cumple con la función de garantía, es decir, la cesión sólo tendrá efectos en relación a los terceros implicados cuando éstos tengan conocimiento de la misma (deudor) y cuando la fecha deba tenerse por cierta¹⁰⁹.

Se pueden diferenciar dos intereses dignos de protección: por un lado debemos tener presente el “interés individual del deudor”, sujeto ajeno a la cesión pero no del crédito, su consentimiento no es necesario para que la cesión se realice de conformidad a la Ley; pero sí será necesario el conocimiento de la misma para que la cesión tenga plenos efectos jurídicos. De igual forma, estamos en presencia de un “interés social o colectivo”, por cuanto la cesión deber ser notificada a los terceros ya que éstos deben conocer en todo momento cual es la situación jurídica de sus bienes, “como base de la

¹⁰⁷ Vid. REPRESA POLO, M^a Patricia., *Eficacia de la cesión...*, op. cit. p. 5 y *La cesión de créditos: eficacia entre las partes...*, op. cit..., p. 31 en concreto las notas al pie 6 y 62 respectivamente.

¹⁰⁸ En contra Vid. PANTALEÓN PRIETO, *Cesión de créditos...*, op. cit., pp. 1064 y 1065, este autor critica la posición doctrinal de DÍEZ PICAZO, GARCÍA CANTERO, MADRIDEJO Y ROCA SASTRE, al igual que NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 162 (nota al pie número 1) entendemos que no es válido el razonamiento de PANTALEÓN puesto que no es necesario que el deudor tenga conocimiento de la cesión para que esta sea eficaz, pues en todo caso lo que debe primar es la buena fe del cedente y del cesionario. De igual forma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios...*, op. cit., pp. . 10803: “La norma del artículo 1526 CC, en consecuencia, establece los requisitos para que la cesión, cualquiera que sea la forma en la que se haya realizado, pueda ser *eficaz frente a terceros*: sólo desde el momento en que su fecha deba tenerse por cierta de conformidad con los arts. 1218 (documento público) y 1227 (documento privado, cuya fecha frente a terceros es la del momento en el que se produce alguno de los eventos señalados en este precepto)”

¹⁰⁹ NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 162.

responsabilidad que originan las obligaciones que en el comercio ordinario de la vida se contraen¹¹⁰”.

El artículo 1527 del Código Civil establece como requisito de efectividad de la cesión la necesidad de que el deudor tenga conocimiento de la misma; “el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación”. Lo cual implica que hasta que la cesión no haya sido notificada al deudor, el titular del derecho de crédito seguirá siendo el cedente y no el cesionario¹¹¹. Así pues el deudor hasta ese momento quedará liberado de su obligación si realiza el pago a favor del cedente.

Para que la cesión sea eficaz, el artículo 1527 del C.c. exige que el deudor cedido tenga conocimiento de la cesión. No establece mayores requisitos, puesto que no se especifica el tipo de conocimiento ni los medios a través de los cuales el deudor debe conocer la cesión. Lo lógico es entender que el conocimiento directo es el más completo y por ello el que menores problemas planteará de cara al conocimiento de la cesión, sin embargo, como hemos mencionado anteriormente puede ser válida cualquier otra forma de conocimiento inferior e igualmente tendrá eficacia jurídica vinculante. Como establece un importante sector doctrinal: “(...) La norma se estima ser reflejo de del mismo principio que inspira el art. 1164 CC-pago de buena fe al acreedor *aparente*-, con una importante diferencia relativa a la carga de la prueba. En el artículo 1164 CC incumbe al *solvens* probar la situación objetiva de titularidad en el *accipiens*, mientras que en el ámbito del art. 1527 CC el deudor se beneficia de pagar a quien era inicialmente su acreedor *sin tener la carga de investigar una posible cesión* del crédito, por lo que corresponde al cesionario probar su conocimiento de la cesión anterior al pago¹¹²”.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que las necesidades del tráfico jurídico avanzan rápidamente dejando prácticamente “obsoletas” las legislaciones que regulan la cesión de créditos. La pretendida agilidad conlleva la necesidad de reformas en los ordenamientos y como ya hemos indicado anteriormente nuestro ordenamiento no ha sido una excepción con el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, en cuyo

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios...*, op. cit., pp. . 10811.

Libro IV Título V se regula la cesión de créditos mercantiles, en concreto a lo largo del artículo 450 donde se establece como importante novedad que la cesión podrá tener como objeto “uno o más créditos existentes o futuros, en su totalidad o en parte, siempre que sean identificables”¹¹³. Los créditos mercantiles, tanto los existentes como los futuros, se entenderán transferidos, salvo pacto en contrario, en el momento de celebrarse el acuerdo de cesión”.

La necesidad de elaborar normas “ágiles” también se observa en el resto de países comunitarios, en donde pese a los esfuerzos anteriores, se siguen observando enormes diferencias en los regímenes materiales de los Estados europeos en relación con la materia que nos ocupa, los efectos de la cesión frente al deudor y los terceros. Un claro ejemplo lo encontramos en Alemania o en Austria en donde la cesión será eficaz desde el momento en el que el cedente da su consentimiento al cesionario. El conocimiento de la cesión por parte del deudor sólo servirá para que el pago que realice al cesionario tenga en su caso efectos liberatorios y a la inversa (nuestro artículos 1527 del Código Civil y 347 del Código de Comercio recogen el mismo planteamiento), es decir, si el deudor no tuvo conocimiento de la cesión y realiza el pago a favor del cesionario, dicho pago tendrá efectos liberatorios, así se desprende de la lectura del párrafo 409 del BGB (Libro II, Sección 5ª)¹¹⁴.

Por el contrario, en Francia, Bélgica o en Italia, se distingue por un lado entre el momento del cambio de titularidad del crédito *inter partes* y frente al deudor y los terceros por otro¹¹⁵.

Los legisladores franceses son más rigurosos con el conocimiento de la cesión por parte del deudor y ésta será eficaz sólo cuando “haya sido notificada en un acto auténtico o mediante agente judicial”, no sólo será necesario que el deudor acepte sino que ésta deberá constar en escritura pública. Así se desprende de la lectura del artículo 1690 del Código francés (Libro III. Título VI. Capítulo VIII) el cual indica: “*Le cessionnaire n’est sausu à l’égard des tiers que par la signification du transport faite*

¹¹³ Objeto de estudio en anteriores páginas de este capítulo.

¹¹⁴ NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 162p. 9. De igual forma: REQUEJO ISIDRO, Marta., *La cesión de créditos en el comercio internacional*, de Conflicto Legvm, Estudios de Derecho Internacional Privado, núm. 5, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pp. 41-42. De igual forma GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 25.

¹¹⁵ REQUEJO ISIDRO, Marta., *La cesión de créditos en el comercio internacional...*, op. cit., pp. 42.

au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur Dans un acte authentique". De igual forma la normativa italiana en el artículo 1264 párrafo primero en donde se establece para el supuesto de (*Efficacia Della cessione riguardo al debitore cedulo*): "*La cessione ha effetto nei confronti del debitore cedulo quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata*", y el párrafo primero del artículo 1265 (*Efficacia della cessione riguardo ai terzi*): "*Se il medesimo crédito ha formato oggetto di più cessioni a persone diverse, prevale la cessione notificata per prima al debitore, o quella che è stata prima accettata dal debitore con atto di data certa, ancorché essa sia di data posteriore*¹¹⁶".

Como hemos mencionado anteriormente, en Bélgica se adopta un sistema idéntico al francés (lo cual se entiende por su proximidad territorial); así pues se recurren a figuras diferentes de la cesión como es la subrogación y a la par se crean supuestos específicos de cesión como sucede con: La Ley de 12 de junio de 1991 que regula los créditos al consumo y la Ley de 4 de agosto de 1992 que regula el crédito hipotecario entre otras.

También debemos tener en cuenta la Ley de 6 de julio de 1994 que reforma el régimen común y supone la aplicación del artículo 1690, el cual establece que los contratos podrán ser oponibles a terceros intervinientes sin necesidad de ninguna formalidad. Con la excepción del deudor cedido, siendo necesarias en este caso (a semejanza del Code francés) la notificación o aceptación de la cesión por el deudor (lo cual es impensable en nuestro ordenamiento y en Alemania). Dicha regulación se concibe con la finalidad de "prevenir" al deudor para que pague al verdadero titular del crédito una vez que este ha sido transmitido. Los conflictos que pudieran surgir entre el cesionario y otros acreedores del cedente como pueden ser sus causahabientes, se resuelven a partir de la regla *prior tempori potior jure*, es decir, la fecha en la que se deba tener por cierta la cesión será desde el mismo momento en que la misma se tenga por hecha, y en supuesto de dobles cesiones, tendrá preferencia el primer cesionario que de buena fe notificara la cesión al deudor cedido o en su caso hubiera obtenido la aceptación del deudor. "La reforma belga servirá esencialmente para facilitar la

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 9-10, de igual forma Vid. nota al pie número 29, como ya hemos dejado entrever al comienzo del epígrafe, compartimos la opinión de la citada autora y será desarrollado más profundamente en posteriores páginas el hecho de en nuestro ordenamiento para que la cesión sea eficaz simplemente será necesario el acuerdo entre voluntades, es decir que el consentimiento entre el cedente y el cesionario sin necesidad de mayores requisitos adicionales.

transmisión de créditos futuros y globales a los llamados <<O.P.Cr.>> (*organismos de placement en créances*) a través de la titulización¹¹⁷.

En el supuesto del derecho italiano el artículo 1264 de su Código Civil establece que la cesión será eficaz en relación a los terceros al tiempo de la notificación de la misma, por lo que se puede concluir que: nos encontramos ante un mezcra entre el derecho alemán, ya que es de vital importancia la notificación al deudor y en su caso la aceptación. La necesidad de agilidad en las transacciones comerciales se intenta alcanzar en Italia con las siguientes leyes: Ley nº 52 de 21 de febrero de 1991, sobre la <<*disciplina dellla cessione dei cerditi d'impresa*>>, pensada para el *factoring*¹¹⁸ y Ley nº 130/99 de 30 de abril sobre titulización que recoge un mecanismo de información a cualquier interviniente incluso al deudor, puesto que la cesión será objeto de cesión en la *Gazzetta Ufficiale*¹¹⁹.

En el ordenamiento Holandés con la reforma introducida por la Ley de 1992 la notificación al deudor se convierte en un requisito imprescindible para que la cesión tenga plenos efectos, así se desprende del artículo 3:94 C.c.¹²⁰.

Por último y no por ello menos importante debemos mencionar al ordenamiento jurídico inglés, el cual exige la comunicación escrita al deudor de la cesión. A su vez se distingue entre un *statutory assignment* y un *equitable assignment*¹²¹. Un *statutory*

¹¹⁷ REQUEJO ISIDRO, Marta, *La cesión de créditos en el comercio internacional...*, op. cit., p. 46.

¹¹⁸ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., *La cesión de créditos en el comercio internacional...*, op. cit., p. 25-26, en concreto Vid. nota al pie 26. Como señala la citada autora con la finalidad de agilizar el tráfico comercial, en Francia se aprueba la Ley nº 81-01 de 2 de enero “*Loi Dailly*”, el régimen que nos ocupa está regulado en los artículos L.313-23 a L. 313-29 del *Code Monetaire et Fiancier*, de 14 de enero de 2008) los requisitos exigidos de cara a una cesión masiva de créditos se simplifican en relación a la cesión ordinaria de créditos recogida en el artículo 1690 del Código francés, puesto que “en Francia se abandona la cesión de créditos para el desarrollo del *factoring* y en la acogida del mecanismo de la subrogación”.

¹¹⁹ REQUEJO ISIDRO, Marta, *La cesión de créditos en el comercio internacional...*, op. cit., p. 45.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 48.

¹²¹ *Ibidem*, p. 49, en concreto Vid. nota al pie número 86 en donde la autora indica que esta distinción “*legal y equitable assignment* tiene raíces históricas”. “En el ordenamiento inglés, un crédito nacido de un contrato es una <<*chose in action*>>, expresión que designa cualquier derecho personal o propiedad que sólo puede ser reclamada por vía de acción, ya que no permite una toma física de posesión. Según las reglas de la *common law*, sólo eran transmisibles las cosas: no lo derechos. En el siglo XVII la *Court of Chancery*, Tribunal de *equity*, adopta una postura diferente aceptando la cesión de *choses in action* con carácter general.Sin embargo, a través de este *equitable assignment* sólo se otorgaba al cesionario un derecho contra el cedente, pero no se le permitía actuar contra el deudor en su propio nombre; este paso se dan en 1925, a través de la creación del *legal assignment* en la S. de la *Law of property Act*, que establece sus condiciones, mucho más estrictas que las del *equitable assignment* . Ambas formas conviven hoy, siendo posible considerar como *equitable assignment* la cesión que no reúne los requisitos de un *legal assignment*. Vid. Sent. De la Court of Appeal de 12 y 13 diciembre de 2000 y de 26 de enero de 2001.

assignment, regulado por s. 136 de la *Property Act 1925*, sólo tendrá cabida cuando las partes tenga la intención de realizar una cesión plena, es decir, *absolute assignment*; en ese caso la cesión deberá cumplir con unos requisitos formales como son: formalización por escrito y comunicación por escrito al deudor; si una vez cumplidos con los requisitos el deudor pagase al cedente el cesionario podrá demandarle en su propio nombre sin necesidad de intervención del cedente. Por el contrario un *equitable agreement* no reunirá los requisitos exigidos por el *Property Act de 1925*, bien por que no sea *absolute* o por que no reúna los requisitos formales exigidos, en ese caso, si el cesionario decide demandar al deudor deberá concurrir en la demanda con el cedente, lo cual hace aconsejable una comunicación por escrito al deudor para determinar en su caso la prioridad de los diferentes cesionarios. Sin embargo, la cesión oral será admitida en lugar de una comunicación por escrito en el supuesto de la *equitable assignment*¹²².

Todo lo anterior nos lleva a concluir la falta de uniformidad en el comercio internacional en un punto tan importante como es la necesidad o no de notificación de la cesión al deudor¹²³. Esta disparidad conlleva un caos en el ámbito internacional que dificulta en gran medida la agilidad de las transacciones internacionales. Como hemos indicado anteriormente la necesidad de fluidez del tráfico implica agilizar las transacciones comerciales y eso sólo será posible con la pretendida y prácticamente imposible “uniformidad legislativa”; se debe intentar suprimir en la medida de lo posible los requisitos legales “rigurosos y obsoletos” que dificulten las operaciones mercantiles y su pretendida agilidad, como sucede en el caso de la legislación italiana al exigir la notificación al deudor de la cesión por cauces “arcaicos” como: notificación a través de “agente judicial”, “acto auténtico” o “escritura pública” ; dichos requisitos “entorpecen” la fluidez del tráfico y simplemente suponen nuevas trabas al comercio internacional. Entendemos que el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil español supone un avance en relación con la normativa italiana puesto que, en el se garantiza la necesaria rapidez al encontrarnos ante una legislación flexible, donde se regulan cuestiones concretas y específicas con la finalidad de garantizar la fluidez del tráfico

¹²² *Ibidem*, pp. 49-50.

¹²³ La discrepancia entre legislaciones es tal que incluso ha traspasado al ámbito internacional, un ejemplo claro de lo anterior con la Convención de Otawa y el Convenio de UNICTRAL, aunque serán objeto de estudio en posteriores capítulos podemos adelantar que en la cuestión que nos ocupa, la notificación de la cesión, ha sido necesario separarla de la propia cesión (en la Convención de Otawa el propio artículo 1.2 c) lo establece como requisito para su aplicabilidad) y de su posible oponibilidad y régimen de primacía entre los terceros intervinientes en la relación jurídica.

comercial internacional como son las cesiones globales y parciales de créditos tanto existentes como futuros¹²⁴.

a) Conocimiento directo

Aunque ya hemos hecho referencia a la notificación de la cesión en las páginas precedentes, en este apartado nos vamos a centrar en ella con más detalle. Nuestro Código Civil no recoge de forma expresa la figura de la notificación como medio de conocimiento de la cesión por parte del deudor cedido¹²⁵. El Tribunal Supremo elabora la doctrina de la necesidad de conocimiento de la cesión por parte del deudor cedido para que este quede obligado con el nuevo acreedor o cesionario, no siendo necesaria una notificación formal como se desprende de la lectura del artículo 1527 del C.c.; sino que simplemente será necesario que el deudor cedido haya tenido conocimiento de la misma. Sin el conocimiento de la cesión por parte del deudor cedido la cesión no tendrá eficacia jurídica vinculante¹²⁶.

La notificación “es el medio más seguro de conocimiento de la cesión, tanto para el deudor como para el cesionario y cedente, es la comunicación directa que estos últimos bien de forma individual o de forma conjunta realicen, informándole del cambio producido en la relación jurídica. En este sentido, se equipara notificación a

¹²⁴ De igual forma GARCÍA MANDALONIZ, Marta., *La cesión de créditos en el comercio internacional...*, op. cit., p. 28. Vid con carácter concluyente la nota al pie número 104. Como señala esta autora: “Las fuertes discrepancias de naturaleza substantiva e interpretativa que surgen de las distintas normativas nacionales son susceptibles de agravar los procesos transnacionales de cesión de créditos, provocando incertidumbre, inseguridad y desconfianza, y suponiendo un freno al normal desenvolvimiento de los flujos comerciales supranacionales interempresariales”.

¹²⁵ A diferencia de lo que ocurre con las legislaciones de otros países en los que sí se recoge de forma expresa la figura de la notificación como medio de conocimiento de la cesión, un ejemplo de ello lo encontramos en las siguientes legislaciones: artículo 1493 del Código de Argentina, artículo 1865 del Código Italiano, artículo 1865 del Código de Portugal, artículos 1902 a 1904 del Código Civil de Chile y artículo 1690 del Código Civil francés entre otros. Vid. NAVARRO PEREZ, J.L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 163.

¹²⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1994 (RJ 1994/6308) en el motivo primero sobre la base del artículo 1692.5 de la LEC se alega infracción por interpretación errónea del artículo 1527 del C.c. así como la violación por no aplicación de las reglas contenidas en el artículo 3.1 del C.c. En el fundamento jurídico segundo el tribunal viene a indicar que: “Al conocimiento de la cesión por parte del deudor crédito no puede dársele el alcance de una notificación directa al deudor, que el artículo 1527 no impone la obligación de notificar la cesión al deudor, bastando para que este quede obligado con el cesionario con que la conozca por cualquier medio; y que de las pruebas obrantes en autos es manifiesto que el la cesión llegó a conocimiento de “Ibérica Osuna, S.A”, deudora del repetido crédito”. Este motivo es desestimado puesto que la sentencia no identifica conocimiento de la cesión con notificación, sin notificación no podría existir conocimiento, lo único que queda claro es que “Ibérica Osuna S.A” desconocía la cesión, puesto que, la notificación se realizó a otra persona jurídica que también ocupaba el mismo edificio, “Inmobiliario Osuna, S.A” y “el hecho de que conozca la cesión debe probarlo la actora y no a la inversa, que sea el deudor el que tenga que probar sus ignorancias”.

conocimiento hasta tal punto que la Jurisprudencia ha reconocido su efectividad aunque en la misma presente alguna irregularidad pese a la cual haya servido para poner en conocimiento del deudor la cesión o no se reciba efectivamente por causa imputable al deudor¹²⁷”.

En conclusión, si el deudor cedido tiene conocimiento de la cesión sólo quedará liberado de su obligación cuando pague al segundo acreedor o cesionario y por ende, una vez que tiene conocimiento de la cesión ya no quedará cubierto por las reglas contenidas en el artículo 1527 del C.c.

A continuación analizaremos los requisitos que debe cumplir la notificación para que esta sea correcta y por ello válida.

En primer lugar, con respecto a la naturaleza jurídica de la notificación, podemos afirmar que lo lógico es entender que “reviste los caracteres de una declaración recepticia dirigida exclusivamente al deudor cedido. Rechazamos toda catalogación de la notificación como una figura de publicidad declarativa, porque no reviste los requisitos ni cumple la finalidad que son esenciales en las figuras de publicidad¹²⁸”.

No estamos en presencia de un supuesto de publicidad puesto que la principal característica de esta figura son las manifestaciones no recepticias o bilaterales sino que se dirigen a la generalidad de individuos, por el contrario, la notificación va dirigida a

¹²⁷ REPRESA POLO, M^a Patricia., *Eficacia de la cesión...*, op. cit. p. 12 y *La cesión de créditos: eficacia entre las partes...*, op. cit., pp. 39-40. En relación con lo anterior: Vid STS de 28 de mayo de 2005 (RJ 2005/5755) en ella el Tribunal desestima el recurso, se dilucida sobre si la persona física que actuó como requirente estaba autorizada de forma verbal o por cualquier otro acto válido en derecho a realizar las diligencias, sí queda claro que *Ford Credit* Europa PLC realizó los correspondientes requerimientos notariales, luego las notificaciones sí fueron realizadas y por lo tanto sí fue notificado el cambio de acreedor, el deudor tuvo conocimiento de la misma y accedió a conocer todo lo referente a la transferencia de los créditos. Así el artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC 1881) al igual que el artículo 166 párrafo segundo de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (año 2000) (RCL 2000/34, 2000/962 y 2001/1892) dotan de plena validez a la notificaciones irregulares, cuando la persona a la que se dirigía la notificación hubiera tenido conocimiento de ella. La recurrente quedaría liberada de la obligación de pago en el caso de que hubiera satisfecho la obligación a la acreedora originaria, acreedora que en este procedimiento es la que reclama el pago, sin embargo, esto no sucedió en este procedimiento puesto que el artículo 1527 del C.c. establece que el deudor cedido quedará liberado de su obligación cuando pague al deudor originario si no tuvo conocimiento de la cesión. De igual manera STS de 19 de febrero de 1993 (RJ 1993/997) y STS de 13 de marzo de 2006 (RJ 2006/5717)

¹²⁸ NAVARRO PEREZ, J.L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 163. Vid nota al pie número 4.

un sujeto específico como es el deudor y en definitiva un acto de publicidad declarativa que fuera oponible incluso a terceros no tendría la suficiente fuerza jurídica¹²⁹.

En segundo lugar hay que analizar la forma y el tiempo en que debe ser realizada la notificación. En relación a la forma, no se establecen requisitos especiales, podrá ser realizada de forma verbal o de forma escrita, directa o de forma indirecta; bastaría con que se realizara por cualquier medio que dejara constancia al deudor de la transmisión del crédito al cesionario¹³⁰. Sin embargo, la notificación válida requerirá que el deudor tenga conocimiento de la cesión a través de un medio lógico o moderado, así se evitará que posteriormente un deudor de mala fe pueda interponer contra el cesionario el no conocimiento de la misma¹³¹.

En definitiva, servirá cualquier forma apta para transmitir la información del cambio de titular, en todo caso, la notificación más eficaz será la notarial y la judicial, que “dejará constancia de su producción real”, en esos casos, el pago que el deudor cedido realizare al cedente no tendrá eficacia liberatoria. Si el notificante de la cesión es el cesionario, este deberá acompañarlo de los documentos que acrediten el cambio de titularidad y en todo caso el cedente podrá confirmar la cesión¹³². Nuestro Código Civil no establece un plazo con respecto al tiempo en que debe verificarse la notificación¹³³. Lo cual supone un paso de cara a la consecución de la pretendida agilidad de las transacciones internacionales.

En tercer lugar, debemos analizar qué sujetos intervinientes en la relación jurídica tienen la obligación de notificar al deudor el cambio de la titularidad del crédito. No existe un artículo que de forma expresa regule esta cuestión en nuestro Código Civil; lo más lógico es entender que la notificación podrá realizarse tanto por el cedente como por el cesionario. Los dos se pueden ver perjudicados en el supuesto de que la cesión no sea

¹²⁹ *Ibidem*

¹³⁰ MUICIUS SCAEVOLA, Q., - *Código Civil concordado y comentado*, Tomo XXIII, 2ª ed., Madrid, 1906, pp. 928 y 929; MANRESA, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit. p. 410; de igual forma NAVARRO PEREZ, J. L., últ. loc. cit.

¹³¹ BARASSI, *La teoría generale...*, op. cit., p. 258.

¹³² REPRESA POLO, Mª Patricia., *Eficacia de la cesión...*, op. cit. p. 13; *La cesión de créditos: eficacia entre las partes...*, op. cit., p. 41.

¹³³ GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, trd. Esp. Volumen VI, número 85, Madrid, 1911, pp. 111 y ss. HUC, Théophile., *Traité theorique et pratique de la cession et de la transmission des creances*, Tomo II, París, 1891, pp. 237 y ss. PLANIOL Y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, Tomo VII, número 1109, ed. La Habana, 1936, 350 p., MANRESA, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 410. Vid. NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 165. Vid nota al pie número 7.

notificada; el cesionario se verá perjudicado en su derecho de cobro, en la medida en que si el deudor no tuviere conocimiento de la transmisión del crédito realizará el pago a favor del cedente con efectos liberatorios. Y de otro lado, en relación con el cedente, si la transmisión del crédito no ha sido notificada al deudor cedido este seguirá pensando que su acreedor seguirá siendo el cedente¹³⁴.

Sin embargo, el mayor perjudicado en el caso de que se transmitiera el crédito y no se notificara será el cesionario, puesto que el deudor no tiene ningún vínculo jurídico con él y solamente lo que el deudor declare al cedente será lo que tenga eficacia con respecto al cesionario. En todo caso, para que la cesión sea eficaz, el cesionario deberá aportar al deudor el título correspondiente a la cesión para que el deudor no pueda poner en duda su derecho¹³⁵.

No obstante lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico existen numerosos artículos que nos llevan a pensar que la carga de la notificación debe recaer sobre el cedente, un ejemplo de ello lo encontramos en¹³⁶:

En primer lugar, el artículo 1279 del C.c “Si la ley exigiere el otorgamiento en escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos para su validez”, como el artículo 1527 del C.c. exige que el deudor tenga conocimiento de la cesión para que esta sea eficaz, lo lógico será entender que el artículo 1279 habilita al cesionario para que obligue al cedente para que este realice la notificación¹³⁷.

En segundo lugar, de la lectura del artículo 151 de la Ley Hipotecaria también se desprende la idea que será el cedente el que deba realizar la notificación: “Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta”. En definitiva, si el legislador español hubiera querido indicar que la notificación la deberían realizar tanto el cedente como el cesionario, se

¹³⁴ NAVARRO PEREZ, J.L., últ. loc. cit.

¹³⁵ SANCHO TELLO, Vicente, *Redacción de instrumentos públicos*, lib. II, 1930, Valencia, p. 173; MANRESA, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 410.

¹³⁶ Vid. NAVARRO PEREZ, J.L., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 166-167.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 166.

entendería que los dos deberían responder de los perjuicios de la falta de la misma y ese no es el caso¹³⁸.

Otro artículo que fundamenta lo anterior es el 1198 apartado segundo del C.c. el cual indica en relación al cedente que “Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no de las posteriores¹³⁹”.

Todo lo anterior nos sirve para afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico la carga de probar la cesión del crédito recae sobre el cedente, sin embargo lo anterior no implica que el cesionario no pueda notificar la cesión como se desprende del artículo 1527 del C.c. puesto que sólo exige como requisito de validez de la cesión que el deudor tenga conocimiento de ella con independencia de quien realice la notificación. Lo anterior nos lleva a plantearnos otra hipótesis: ¿Qué sucede cuando la notificación es realizada al deudor por los acreedores del cesionario? Algunos autores entienden que pueden hacerlo sobre la base del artículo 1111 del C.c.¹⁴⁰. Lo más acertado será entender que los acreedores del cesionario no tienen nada que ver con la notificación al deudor cedido, puesto que la Ley no concede la facultad de subrogación en estos casos. Esto no implica que los acreedores del cesionario no tengan ningún tipo de acción, sino que deberán defender sus intereses a través de otros medios, es decir en base a la aplicación del artículo 1111 del C.c. podrán subrogarse en el derecho que el artículo 1279 establece la legitimidad del cesionario de cara a exigir al cedente el cumplimiento de los requisitos necesarios para poder cumplir el contrato¹⁴¹.

¹³⁸ *Ibidem*

¹³⁹ *Ibidem*

¹⁴⁰ COLMO, Alfredo., *De las obligaciones en general*, 2ª ed., núm. 1050, Buenos Aires, 1928, 824 p.; REZONICO, Luis María., *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, tomo I, compraventa, 2ª ed., Buenos Aires, Roque de Palma, 1958, p. 549.

¹⁴¹ NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 166. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. SIRVENT GARCÍA, Jorge., “La acción subrogatoria”, *Boletín Oficial del Estado*, 1997, p. 54. Compartimos la opinión de este autor al entender que para poder instar en este caso la acción subrogatoria deberían darse unos presupuestos, especialmente es determinante que no se trate de un derecho inherente a la persona del deudor. Como afirma el profesor SIRVENT: “En nuestra opinión, la solución al problema de la necesidad del embargo previo de los derechos del deudor no puede desligarse del objeto de la acción subrogatoria. Su objeto viene configurado por <<todos los derechos y acciones del deudor que no sean inherentes a su persona>>. Pensamos que, en efecto, el embargo de los créditos y la acción subrogatoria se mueven en órbitas distintas. El acreedor tendrá dos posibilidades en cuanto a los derechos de crédito: o insta el embargo del crédito para su posterior enajenación, o lo ejerce mediante la acción subrogatoria. En determinados casos puede que el acreedor sólo logre la satisfacción de su interés mediante esta segunda vía (...) En otros casos ni siquiera será posible que el acreedor opte por el

En cuarto lugar, hay que tener en consideración que el destinatario de la notificación siempre será el deudor cedido. Sin embargo, se pueden plantear numerosos problemas en la práctica cuando el crédito deba ser pagado por una pluralidad de deudores. En este caso; ¿tendríamos que notificar a todos los deudores o bastaría con que se notificara a uno de ellos? Para resolver la cuestión deberemos distinguir según nos encontremos ante una mancomunidad de deudores o ante deudores solidarios¹⁴².

Para el supuesto de que nos encontremos ante una mancomunidad de deudores, tendremos que aplicar el artículo 1138 del Código Civil, la deuda será dividida en diferentes partes y cada una de ellas tendrá la consideración de crédito, en este supuesto se deberá notificar a todos los deudores, y en el caso de que uno de ellos no hubiere sido notificado y hubiere realizado el pago a favor del cedente, dicho pago tendrá efectos liberatorios¹⁴³.

Con respecto a la deuda solidaria, en aplicación del artículo 1444 de nuestro Código debemos tener en cuenta que un deudor puede responder de la totalidad de la deuda, luego sólo es necesario que se notifique la cesión a uno de los deudores solidarios para que todos los codeudores queden obligados¹⁴⁴.

Otro de los requisitos de la notificación sería su eficacia inmediata. Es decir, una vez realizada la notificación el deudor se obligará con respecto al cesionario en las mismas condiciones que con el acreedor originario o cedente¹⁴⁵.

En los casos en los que el deudor sea un sujeto incapacitado desde un punto de vista jurídico o un menor, no implicará que la notificación no tenga efectos, al contrario, “impone al declarante la carga de adoptar los medios y cautelas necesarias, ya que el menor o incapaz es de por sí inidóneo para valorar el significado de las obligaciones que la notificación trae consigo”; en estos casos lo lógico será dar por notificado al tutor o representante legal. Llegado a este punto, debemos traer a colación la excepción del artículo 317 del Código Civil donde se regula la figura jurídica del menor emancipado, mayor de dieciséis años, este artículo establece los casos en los que el este sujeto

embargo: así sucederá respecto a determinadas facultades o acciones, como es la interrupción de la prescripción o el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato celebrado por su deudor”.

¹⁴² *Ibidem*, p. 167.

¹⁴³ *Ibidem*

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 167-168.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 168.

necesita un complemento a su capacidad. La jurisprudencia restringe la intervención paterna entendiendo que el menor podrá actuar solo en estos supuestos y por lo tanto, en los casos de otorgamiento de poderes aunque se trate de un supuesto de enajenación de inmuebles o aplazamiento o cancelación de hipotecas¹⁴⁶.

Se entiende que tampoco será necesario notificar al incapaz, a diferencia de lo que ocurre con otros ordenamientos jurídicos, al entender que si este sujeto paga al cedente dicho pago no tendrá carácter liberatorio y por lo tanto podrá repetirse el pago.

En sexto lugar, debemos volver a mencionar lo que sucede en los casos en los que no se ha realizado la notificación. El artículo 1527 del C.c. indica que si el deudor realiza el pago a favor del cedente antes de que tuviera conocimiento de la cesión, se entenderá que el pago que realice tendrá efectos liberatorios, se extinguirá la obligación del deudor con respecto al cedente (siempre que el cedente procediera con mala fe); una vez más debemos hacer referencia al artículo 1164 del C.c. el cual indica que el pago realizado de buena fe al poseedor del crédito conllevará la liberación de su deuda¹⁴⁷. En todo caso, el cesionario podrá interponer contra el cedente las acciones judiciales correspondientes pero entendemos que no podrá oponer nada al deudor, puesto que este no tenía conocimiento de la cesión y no estaba obligado a conocerla¹⁴⁸.

El deudor podrá oponer al nuevo acreedor o cesionario las mismas excepciones que al cedente, incluida la excepción de compensación del artículo 1527 del C.c. Si el cedente tuviera acreedores, éstos podrán dirigirse contra el deudor sobre la base del derecho de conservación, pues mientras que no se haya realizado la notificación, el sujeto obligado tendrá que aceptar todas las consecuencias que se deriven del reconocimiento de la figura del cedente. Por otro lado, los acreedores del cesionario no podrán realizar acciones como tales, sino como acreedores del cedente hasta que la notificación no hubiera sido realizada¹⁴⁹.

¹⁴⁶ GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *Instituciones de Derecho Notarial*, Tomo II, Madrid, 1954, pp. 117 y 118.

¹⁴⁷ MUICIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil...*, Tomo XXIII, op. cit., p. 929.

¹⁴⁸ NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 170; MANRESA, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 411.

¹⁴⁹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales...*, op. cit., p. 118; ESCRICHE, *Diccionario razonado...*, op. cit., p. 338 en concreto para la voz cesión de acciones: “El cesionario no se considera dueño del crédito cedido con respecto a terceras personas, mientras no denuncie o notifique la cesión al deudor. Síguese de aquí: 1º que antes de la notificación puede el deudor pagar válidamente al

En séptimo y último lugar debemos mencionar los supuestos de cesión múltiple o cesión doble de un crédito. En definitiva, estamos haciendo referencia a los supuestos en los que existen múltiples cesionarios, un cedente y un único crédito. La mayoría de las legislaciones extranjeras dan preferencia al cesionario cuya cesión ha sido realizada en primer lugar¹⁵⁰. Por el contrario, en nuestra legislación no existe una posición uniforme derivado del carácter especial de nuestro sistema traslativo; ¿qué sucedería en el supuesto en el que a uno de los cesionarios le ha sido verificada la entrega del crédito y por el contrario se le notifica al deudor la cesión a otro cesionario diferente? en ese caso se nos plantean dudas acerca de ¿quién es el verdadero titular del crédito, el cesionario al que se le ha verificado la entrega el cual no ha sido notificado, o el cesionario notificado y al que sin embargo no se le ha entregado el crédito?. Para algunos autores tendrá preferencia el sujeto que primero hubiese sido notificado, sin embargo, añaden “a falta de otro signo de toma de posesión o cuasi tradición”¹⁵¹. En definitiva, entienden que lo fundamental es la posesión del crédito.

Sin embargo, entendemos que la posición anterior no tiene cabida en nuestro ordenamiento, puesto que el cesionario notificado y sin posesión del crédito tendrá una apariencia de titularidad del derecho de crédito y por ende, si el deudor le hubiere realizado el pago este tendrá efectos liberatorios¹⁵². En todo caso, si el pago realizado al primer cesionario notificado libera al deudor, no implica que se perjudiquen los intereses del cesionario poseedor, en definitiva el verdadero propietario y podrá interponer la correspondiente acción contra el cedente exigiéndole el importe del crédito más los correspondientes daños y perjuicios¹⁵³.

En líneas generales podemos concluir que si el deudor tenía conocimiento de la cesión con independencia de que no hubiera sido notificado, quedará vinculado con este cesionario y por ello si realizara un pago a favor de otro cesionario no tendría efectos

cedente su acreedor, sin que en tal caso tenga acción el cesionario sino contra el cedente, 2º que los acreedores del cedente pueden antes de la notificación embargar la deuda cedida y hacerse pagar con ella; no quedando recurso al cesionario sino contra el que se la cedió; 3º que si el cedente, después de haber traspasado su crédito a uno, tiene la mala fe de traspasarlo a otro que sea más diligente que el primero en la notificación, será preferido el segundo cesionario al primero, quien solo tendrá salvo su recurso contra el cedente”.

¹⁵⁰ Entre las legislaciones extranjeras que dan preferencia al cesionario que tuvo conocimiento de la cesión en primer lugar nos encontramos con: el artículo 790 del Código Civil de Portugal, artículo 1265 del Código Civil italiano de 1942 y artículos 1466 y 1470 del Código Civil argentino entre otros.

¹⁵¹ MANRESA, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 412.

¹⁵² NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 171

¹⁵³ *Ibidem*

liberatorios con independencia de que esta segunda cesión sí hubiese sido notificada. La carga de la prueba de que el deudor tuvo conocimiento de la cesión aunque no le fue notificada recaerá sobre el primer cesionario notificado¹⁵⁴.

A grandes rasgos podemos afirmar que el conocimiento de la cesión por el deudor cedido “señala el momento a partir del cual ya no se libera por pago al cedente, según el artículo 1527 CC; esta norma, (...) se aplica a otros actos o negocios extintivos o modificativos del crédito realizados con quien ya no es titular del crédito. Hasta el momento en que se produce dicho conocimiento, se mantiene *en beneficio del deudor cedido* una suerte de legitimación prorrogada del acreedor originario para recibir o convenir tales actos o negocios dispositivos o modificativos sobre lo que ya es *crédito ajeno* y su oponibilidad al cesionario, nuevo titular”¹⁵⁵. El conocimiento de la cesión será relevante para aquellos supuestos en los que existan excepciones fundamentadas en actos jurídicos posteriores a la cesión y en su caso anteriores al conocimiento de la transmisión que impliquen una manifestación de la libertad de disposición del acreedor; puesto que el deudor cedido podrá alegar todo lo realizado a favor del acreedor originario¹⁵⁶.

b) El conocimiento indirecto

El conocimiento que el deudor tenga por otro medio diferente a la cesión en nuestro ordenamiento jurídico tendrá los mismos efectos que esta. Así se deduce del artículo 1527 del C.c. el cual simplemente utiliza la expresión conocimiento de la cesión. Lo anterior no impide que entendamos la notificación como el medio más seguro de conocimiento de la cesión. Para los casos en los que la cesión sea notificada por un medio “indirecto”, la carga de la prueba de que el deudor ha tenido conocimiento de la misma recaerá sobre el cesionario. En este caso también cobra protagonismo el siguiente principio “obra de mala fe el que, conociendo un determinado acto jurídico, actúa como si lo ignorase”, en definitiva aquel deudor que aún teniendo conocimiento

¹⁵⁴ NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 172. Para un estudio en mayor profundidad del tema y especialmente en relación con el crédito hipotecario Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios...*, op. cit., pp. . 10811-10827.

¹⁵⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios...*, op. cit., pp. . 10820.

¹⁵⁶ *Ibidem*

de la cesión hubiera pagado al cedente no quedará liberado de su obligación cuando el cesionario pruebe que tenía conocimiento de la misma¹⁵⁷.

No obstante lo anterior, debemos mencionar que el conocimiento indirecto debe tener cierta firmeza puesto que no bastará con un simple rumor, el deudor cedido debe tener cierta seguridad de cara a la realización de su actividad mercantil ordinaria, de no darse lo anterior, no quedará vinculado por la cesión salvo que se probara que actuaba de mala fe¹⁵⁸.

Podemos considerar que esta opción que recoge nuestro Código es en cierto modo novedosa, por cuanto es una opción recogida en otros Códigos de nuestro entorno más modernos como son el Código Civil italiano de 1942 y el portugués de 1966, en ellos se dota de efectos al mero conocimiento de la cesión¹⁵⁹.

En cuanto a la posible naturaleza del conocimiento indirecto podemos afirmar que estamos en presencia de una “publicidad de facto, ya que en este caso se origina una presunción de no conocimiento respecto a la cual se admite la posibilidad de prueba en contrario, cualidad en que reside la esencia de los que se llama publicidad de facto¹⁶⁰”.

c) El conocimiento de la cesión por el deudor hipotecario

Los artículos 149 y siguientes de la Ley Hipotecaria regulan los supuestos de créditos garantizados con hipoteca. En concreto, el artículo 149 ha sido modificado por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre de regulación del mercado hipotecario, dicha norma para el caso de cesiones de créditos se remite a la regulación que de la misma realiza el Código Civil. Debemos tener presente que la Ley 41/2007 establece una diferenciación entre las cesiones de créditos y cesiones de hipotecas, indicando diferentes requisitos para la transmisión de una cesión u otra, se rompe así con la unidad del crédito hipotecario¹⁶¹.

¹⁵⁷ *Ibidem*

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 173.

¹⁵⁹ Vid. Artículo 1624 apartado segundo del Código Civil italiano, artículo 583 apartado segundo del Código Civil de Portugal, artículo 1095 del Código Civil de Chile y artículo 1071 del Código Civil de Brasil entre otros.

¹⁶⁰ NAVARRO PEREZ, J. L., últ. loc. cit.

¹⁶¹ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2008, p. 541. De igual importancia en

La cesión del crédito será válida y por lo tanto eficaz desde el mismo momento en que se perfeccione el negocio de la cesión, por el contrario, la cesión de la hipoteca para que sea válida y eficaz exige como requisito indiscutible la constancia en escritura pública y que sea inscrita en el Registro de la Propiedad, por ello, el artículo 149 equipara la constitución de la hipoteca (art. 145 de la LH) a la transmisión¹⁶².

Sin embargo, el artículo 149 de la LH sí presenta una novedad en relación con la redacción anterior, no hace ninguna referencia a la notificación de la cesión del crédito al deudor, lo cual puede entenderse como una forma de aproximar la cesión de créditos hipotecarios a la cesión de créditos general¹⁶³.

Antes de la reforma la Ley Hipotecaria se exigía que la transmisión del crédito hipotecario constara en escritura pública, además debía inscribirse en el Registro y el deudor debía tener conocimiento de la misma, la doctrina entendía que estos requisitos debían darse para que la cesión fuera oponible frente a terceros incluido el deudor¹⁶⁴.

Si analizamos los artículos 1526 apartado segundo y 1527 del Código Civil conjuntamente con los artículos 149 y ss de la Ley Hipotecaria y con los del Reglamento Hipotecario, podemos extraer como conclusión que: la cesión será eficaz entre las partes, se producirá en su caso el cambio de titularidad y por ello se dará la garantía hipotecaria cuando se perfeccione el negocio que lo originó. Así pues, la constitución de la escritura pública como su inscripción no serán requisitos integrantes de la cesión, sino que simplemente será necesaria de cara a su oponibilidad a terceros¹⁶⁵.

Una vez que la cesión ha sido considerada válida esta deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad para que sea oponible a los terceros desde la fecha de

este ámbito BLANCO PÉREZ-RUBIO, LOURDES., *Cesión de créditos...*, op. cit. pp. 128 y ss. De igual forma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios...*, op. cit., pp. 10818-10819.

¹⁶² SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, op. cit., p. 503.

¹⁶³ REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit., p.43; BOIX RODRÍGUEZ, *La notificación al deudor cedido de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007*, en www.notariosyregistradores.com p. 1.

¹⁶⁴ REPRESA POLO, M^a Patricia., *últ. loc. cit.*; ROCA SASTRE, Ramón María., *Derecho hipotecario*, Tomo IV, 5^a ed., Barcelona, 1945, pp. 870 y ss; GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos...*, op.cit., p. 185, JIMÉNEZ MUÑOZ, “Sobre la cesión de créditos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 653, 1999, p. 1307; ANDERSON, Miriam., *La cesión de créditos hipotecarios: (requisitos para la transmisión-adquisición)*, Barcelona, Cedecs, Derecho Privado, 1999, p.1269 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, Fernando., *Cesión de créditos...*, op. cit., p. 1100; en contra de lo anterior Vid. JORDANO FRAGA, “Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesorio en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1999, p. 1307.

¹⁶⁵ REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit., p.44

inscripción (art. 1526.2 C.c.); para el supuesto en el que el deudor haya sido notificado el único pago liberatorio será el que realice al cesionario (art. 1527 C.c.); por el contrario, si el deudor no ha sido notificado o la notificación no ha sido inscrita, sí quedará liberado el deudor por el pago que realice a favor del cedente y además sobre la base del artículo 176 del Reglamento Hipotecario podrá exigir la cancelación de la inscripción del crédito y de la hipoteca con la carta de pago que le diera el cedente, luego siempre será necesario una actuación positiva del cedente o del cesionario con la finalidad de que el deudor tenga conocimiento de la cesión¹⁶⁶.

En base a todo lo anterior podemos concluir que la simple inscripción de la cesión en el Registro de la Propiedad (art. 1526.2 C.c.) es requisito suficiente para oponer la cesión a los terceros, pero no será requisito suficiente para oponer la cesión al deudor, en este caso se exige como requisito adicional la notificación de la cesión, la misma podrá realizarse por vía notarial o judicial, y en todo caso será el cedente el que responderá de los daños producidos por la falta de notificación, así se desprende de la lectura del artículo 151 de la Ley Hipotecaria¹⁶⁷.

Sin embargo, la cesión sí será oponible con respecto al deudor cedido con independencia de que la misma no le hubiera sido notificada, si se demuestra que este sujeto tuvo conocimiento de la misma por cualquier medio válido en derecho, puesto que la Ley se refiere a notificación eficaz y no establece específicamente ningún medio. Luego lo importante será la protección del deudor de buena fe y esta existirá cuando el sujeto tenga conocimiento de la misma; en ese caso podemos concluir que la inscripción por sí sola no equivaldrá a notificación y por ello no tendrá los efectos de publicidad registral de cara al deudor¹⁶⁸.

Sin embargo, las anteriores conclusiones son puestas en entredicho con la reforma introducida por la Ley 41/2007¹⁶⁹ ya que no exige la comunicación al deudor, a pesar de que el Código Civil indica que es necesario el conocimiento del deudor cedido, lo cual

¹⁶⁶ *Ibidem*

¹⁶⁷ GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 208; JORDANO FRAGA, *Transmisión de crédito cedido...*, op. cit. p. 1307.

¹⁶⁸ JORDANO FRAGA, *Transmisión de crédito cedido...*, op. cit. p. 1321; ANDERSON, Miriam, *La cesión de créditos hipotecarios...*, op. cit., p. 1269.

¹⁶⁹ Vid. Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. BOE núm. 294 de 8 de diciembre de 2007 pp. 50593-50614.

nos permite suponer que la inscripción de la cesión en el Registro Civil equivaldrá a su notificación, en definitiva, será el deudor el que averigüe a quién tendrá que pagar analizando los libros del Registro y solamente quedará liberado del pago cuando se realice a favor del acreedor del crédito¹⁷⁰.

En definitiva, la inscripción será prueba suficiente para entender que el deudor ha tenido conocimiento de la cesión y el verdadero acreedor será el cesionario¹⁷¹. El deudor quedará protegido sobre la base de la publicidad registral (arts. 34 y ss de la LH), se dará protección a los sujetos que de buena fe confían en los datos publicados por el Registro. En todo caso, si existieran posteriores transmisiones del crédito no inscritas las mismas no podrán ser oponibles al deudor. De esa forma, el deudor siempre podrá cancelar la inscripción registral con la carta de pago correspondiente (art. 176 LH)¹⁷².

En la práctica podemos entender que la reforma es menos rigurosa de lo esperado, puesto que deberían haber sido modificadas las normas acordes con el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, es decir, el artículo 151 de la misma norma y los artículos 242 y 243 del Reglamento Hipotecario, puesto que en determinados preceptos se sigue exigiendo la notificación al deudor cedido como requisito imprescindible para que el pago realizado al cedente no tenga efectos liberatorios. Lo anterior nos sirve para extraer la siguiente conclusión: a pesar de la reforma introducida, hoy en día no puede equipararse la inscripción en el Registro de la Propiedad con la notificación de la cesión al deudor, lo anterior supondría un enorme perjuicio para el deudor cedido, pues sería enormemente gravoso para él tener que averiguar en cada momento quién es el acreedor de su obligación consultando en cada momento los libros del Registro, “ carga que no debe quedar comprendida en la diligencia mínima con que debe cumplir sus obligaciones¹⁷³”.

En todo caso, la cesión del crédito hipotecario deberá notificarse al deudor cedido y sólo quedará liberado de su obligación cuando pague al cesionario, con independencia de que la cesión no esté inscrita en el Registro. Si por el contrario el deudor cedido no tuviere conocimiento de la cesión, podrá quedar liberado de su obligación con el pago

¹⁷⁰ REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit..., p.45. Entendemos que la posición jurídica del deudor en este punto se agrava por el hecho de la transmisión del crédito, a partir de este momento no sólo deberá preocuparse por pagar sino que también deberá averiguar a quién.

¹⁷¹ BOIX RODRÍGUEZ, Félix, *La notificación al deudor cedido...*, últ. loc. cit.

¹⁷² REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos: eficacia entre las partes...*, op. cit..., p.46.

¹⁷³ BLANCO PÉREZ-RUBIO, LOURDES., *Cesión de créditos garantizados...*, op. cit. 128.

que realice al cedente salvo que el cesionario pruebe que el deudor pudo conocer de la cesión por cualquier otro medio “no siendo suficiente la prueba de la inscripción registral por cuanto se exige su conocimiento real y efectivo de la cesión y no sólo formal¹⁷⁴”.

En ocasiones se puede plantear el problema de la renuncia por parte del deudor cedido a la notificación de la cesión del crédito hipotecario, dicha renuncia no plantea mayores problemas en los casos negociados previamente por las partes; se entiende en última instancia que el deudor renunciará a la protección ofrecida por el artículo 1527 del C.c. y por el artículo 242 del Reglamento Hipotecario, pero no renunciará a los efectos de la publicidad registral¹⁷⁵. El deudor que renuncia a la notificación de la cesión asume la responsabilidad de pagar al sujeto que resulte ser titular del crédito en cada momento y en todo caso quedará liberado de su obligación cuando pague al sujeto que figure como acreedor en el Registro, ya que la publicidad registral protege a los sujetos de buena fe. Sin embargo, cuando el deudor renuncie a ser notificado de la transmisión del crédito a través de un contrato celebrado mediante condiciones generales, podríamos entender que al estar renunciando el sujeto a la protección que le concede el ordenamiento para los casos de transmisión del crédito, podríamos estar en presencia de una cláusula abusiva sobre la base de la aplicación del artículo 86.7 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁷⁶, donde se declara abusiva la cláusula de “imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario¹⁷⁷”. Todo lo anterior nos lleva a concluir la vital importancia de que el deudor tenga de la transmisión del crédito, primando siempre la buena fe del mismo.

d) Renuncia al conocimiento de la cesión por el deudor cedido

Si el deudor renuncia al conocimiento de la cesión efectuada será asimilado a los restantes terceros intervinientes según se desprende de la redacción del artículo 1526 del

¹⁷⁴ JORDANO FRAGA, *Transmisión de crédito cedido...*, op. cit. p. 1307, este autor indica que la cesión será oponible al deudor cuando tenga conocimiento de la misma “aunque no esté inscrita en el Registro de la Propiedad, y viceversa, si la desconoce, no es oponible para él, aunque esté inscrita en el Registro de la Propiedad”.

¹⁷⁵ BLANCO PÉREZ-RUBIO Lourdes, “La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, mayo, 2003, p. 644.

¹⁷⁶ BOE núm. 297 de 30 de noviembre de 2007

¹⁷⁷ BLANCO PÉREZ-RUBIO Lourdes, *La notificación al deudor de la cesión...*, op. cit., p. 645.

C.c. La renuncia implica que el deudor deberá pagar el crédito al verdadero acreedor en el momento de pago, lo cual supone el requisito añadido de averiguar quién es en ese momento determinado el verdadero acreedor, pudiendo pagar dos veces la misma deuda en el supuesto en el que el sujeto no tuviera certeza absoluta de lo anterior¹⁷⁸.

El artículo 242 del Reglamento Hipotecario faculta al deudor cedido a realizar esta opción: “Del contrato de cesión del crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviera en el caso del artículo 150 de la Ley”. Sin embargo, no debemos olvidar que nos encontramos ante un artículo cuanto menos polémico pues en ocasiones ha sido tachado de ser contrario a nuestra normativa; si el deudor cedido pagase de buena fe al cedente, “colocando a este en ocasión de que abusase de su ignorancia, motivo por el cual habría de considerarse un pacto prohibido, ya que ninguna ventaja reporta y puede convertirse en ocasión de fraude¹⁷⁹”. No podemos estar más en desacuerdo con la posición anterior puesto que, el artículo 6.2 del Código Civil recoge la opción de que el deudor pueda renunciar al conocimiento de la cesión sin que por ello se perjudique el interés público¹⁸⁰.

En todo caso, será necesario que exista alguna formalidad con respecto a la renuncia y nuestra legislación deja clara la postura en el supuesto de cesión de un crédito hipotecario. Para estos supuestos se establece que no será válida cualquier renuncia sino que, será imprescindible que la misma conste en escritura pública (art. 242 RH). Por el contrario, para el resto de supuestos nuestra legislación no establece nada en concreto; lo lógico será entender que los requisitos dependerán de las circunstancias del caso en concreto¹⁸¹.

¹⁷⁸ ROCA SASTRE, Ramón María., *Derecho hipotecario...*, op. cit., p. 573. De igual forma Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios...*, op. cit., pp. . 10819-1827.

¹⁷⁹ NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 174 y en concreto la nota al pie número 18 donde menciona a los autores GALINDO Y ESCOSURA.

¹⁸⁰ *Ibidem*

¹⁸¹ NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 174-175. Este autor menciona la STS de 13 de junio de 1942 en donde el Tribunal establece que “Si bien la renuncia de derechos no tiene requisitos propios, distintos de los que le corresponden en cada caso en relación con la naturaleza del acto que se realice y la materia sobre que recaiga, y esta sin duda admitida tanto la forma expresa como la tácita, cuando se infiera necesariamente de una actitud o conducta, (es decir, de un hecho concluyente) la voluntad de renunciar, es de tener presente que en ambos casos esa declaración de voluntad ha de ser terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación”, lo cual no implica que la renuncia deba ser expresa, por otro lado la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de enero de 1939 indica que “... cuando el deudor

iii) Excepciones oponibles por el deudor cedido

El crédito será eficaz con independencia de que el deudor cedido no hubiera dado su consentimiento, no obstante la afirmación anterior, debemos tener en cuenta que no se podrá empeorar su situación jurídica; así se deduce tanto de algunos artículos de nuestra legislación (art. 149 LH) como de otras legislaciones extranjeras; es lo que sucede con el artículo 1263 del Código Civil italiano¹⁸², en todo caso hay que tener presente que el principio de no alteración de su situación jurídica no podrá respetarse cuando el deudor hubiera intervenido en la cesión.

El consentimiento del deudor cedido no tiene eficacia constitutiva en la transferencia del crédito, si el deudor da su consentimiento a la cesión no se alterará la naturaleza de la misma. El crédito podrá ser cedido incluso en contra de la voluntad del deudor, el consentimiento “se concreta por la Ley a casos muy especiales en que resulta imprescindible reforzar la tutela del interés del deudor cedido¹⁸³”.

En determinados supuestos, el deudor cedido no podrá oponer las excepciones que le correspondían de cara al cedente en relación con el cesionario cuando hubiera consentido la transmisión del crédito, un ejemplo de ello lo encontramos en la compensación artículo 1198 apartado primero del C.c.; en definitiva, el deudor quedará obligado con el cesionario en los mismos términos en que estaba con el primer acreedor o cedente, sin embargo la ejecución de la prestación no le puede resultar más gravosa y en todo caso los gastos adicionales correrán a cuenta del cedente¹⁸⁴. Si el cesionario

se obliga a reconocer como cesionario a la persona que le presenta debidamente endosado el pagaré en que se hace constar el crédito, no quiere expresar otra cosa sino que el deudor renuncia al derecho de que se le notifique el cambio de acreedor”.

¹⁸² En nuestra legislación tenemos que hacer referencia a la materia de créditos al consumo, en el supuesto de que se transmita un crédito y el deudor cedido fuera un consumidor se entiende que el consumidor cedido quedara en cierto modo protegido “inmune”. Nuestra Ley de Créditos al Consumo en su artículo 11, acogiendo las premisas del artículo 9 de la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea 87/102/CEE establece que: “Cuando el concedente de un crédito ceda sus derechos a un tercero, el consumidor tendrá derecho a oponer contra el tercero las mismas excepciones que le hubiere correspondido contra el acreedor originario, incluida, en su caso, la compensación, conforme al artículo 1198 del Código Civil”. De igual forma se expresa el artículo 17 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de créditos al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE, en su apartado primero establece: “Cuando los derechos del prestamista en virtud de un contrato de crédito o el propio contrato sean cedidos a un tercero, el consumidor podrá hacer valer ante el nuevo titular las mismas excepciones y defensas que ante el prestamista original, entre ellas el derecho a una compensación si está autorizada en el Estado miembro afectado”. Vid. REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit., p.65.

¹⁸³ NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 175-176.

¹⁸⁴ REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit., p.67, de vital importancia en este ámbito 5:117 Book III DCFR “ Cuando el crédito cedido consista en una obligación dineraria que deba

reclama al deudor cedido el cumplimiento de la obligación este último podrá oponer las siguientes excepciones¹⁸⁵:

En primer lugar, el deudor cedido podrá oponer la inexistencia del crédito sobre la base del negocio originario. Es decir, el deudor podrá oponer todas las excepciones basadas en el negocio origen de la relación crediticia, como son la simulación, nulidad, anulabilidad por vicios del consentimiento, ilicitud de la causa... En estos casos si se dieran algunos de los supuestos anteriores el crédito no existirá para ninguna de las partes y en definitiva, la cesión no se habría podido realizar. En última instancia, el cesionario podrá exigir al cedente las oportunas responsabilidades del artículo 1529 del Código Civil¹⁸⁶.

En segundo lugar, también se podrán plantear las excepciones que deriven de la extinción del crédito. Si en el momento en que el cesionario reclamase el cumplimiento de la obligación crediticia al deudor cedido esta se hubiese extinguido por cualquier causa, el deudor podrá oponer dicha excepción, un ejemplo lo encontramos en los supuestos en los que se produce una condonación del pago, compensación, dación... o cualquier otra causa que implique que el crédito no pueda ser exigido como puede ser el cumplimiento de la condición resolutoria, la transacción...; sin embargo en este supuesto debemos tener presente el momento en el que se haya producido el hecho que extingue la obligación o el momento en el que el deudor cedido tuvo conocimiento de la cesión o dio su consentimiento a la misma¹⁸⁷.

En el supuesto de extinción de la relación obligatoria por pago o figura equivalente, el artículo 1527 del C.c. reconoce que tendrá efectos liberatorios sobre el deudor que hubiera desconocido la cesión. Es decir, si el hecho que origina la excepción se ha producido antes de la cesión siempre será oponible; por el contrario, si ha surgido posteriormente sólo será oponible cuando el deudor no hubiera tenido conocimiento de

cumplirse en un lugar determinado, el cesionario podrá reclamar su cumplimiento en cualquier país miembro de la Unión Europea, pero el cedente responderá ante el deudor de los gastos suplementarios que se deriven de dicho cambio”, regulan la protección del deudor entendiendo que el cambio del acreedor no le debe suponer un perjuicio como puede ser el incremento de los gastos.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 67-83.

¹⁸⁶ NAVARRO PÉREZ, J. L., “Responsabilidad y garantía en la cesión de créditos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, p. 287. De igual forma Vid. NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 175-178.

¹⁸⁷ REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit, p. 68.

la cesión¹⁸⁸, se protege así al cesionario de posibles acuerdos fraudulentos entre el deudor y el cedente¹⁸⁹.

En tercer lugar, el deudor cedido podrá oponer la excepción de compensación. El artículo 1198 del C.c. establece que “el deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no de las posteriores. Si la cesión se realiza sin consentimiento del deudor, podrá este oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que se hubiese tenido conocimiento de la cesión¹⁹⁰”. Luego lo determinante para que el deudor ejercite el derecho de compensación de cara al cesionario será el conocimiento de la misma y el consentimiento que hubiera dado, teniendo presente además, que las deudas surgidas entre cedente y cesionario deberán provenir de distintas relaciones jurídicas¹⁹¹. A continuación pasaremos a analizar los supuestos del artículo 1198 del C.c.¹⁹².

El primer párrafo del artículo 1198 del C.c establece que el deudor que hubiera consentido la cesión no podrá oponer la excepción de compensación al cesionario de las deudas que tuviera en relación al cedente. En definitiva se equipara el consentimiento a una renuncia tácita al ejercicio de tal derecho. Además, debemos tener presente que si el consentimiento a la cesión del crédito se recoge en un contrato celebrado mediante condiciones generales (como ya explicábamos en las páginas precedentes); dicha cláusula podrá ser calificada de abusiva sobre la base del artículo 86.7 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre¹⁹³; donde se entiende como abusiva “la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor o

¹⁸⁸ De la autora anterior: *Eficacia de la cesión frente al deudor cedido...*, op. cit, 33 p.

¹⁸⁹ NAVARRO PÉREZ, José Luis., últ. loc. cit.

¹⁹⁰ Artículo 11:307 PECL “La compensación puede oponerse al cesionario cuando su supuesto de hecho ya exista en el momento de la notificación o bien nazca posteriormente, siempre que se encuentre íntimamente conectado con el crédito cedido”, artículo 5:116 Book III: “El deudor puede oponer al cesionario todos los derechos de compensación que hubiera podido oponer al cesionario siempre que existan en el momento en que el deudor conoce la cesión o estén conectados con el derecho cedido”.

¹⁹¹ GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio., *El crédito al consumo*, Valencia, Tirant monografías, 1996, pp. 31-32.

¹⁹² REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit, pp. 69-78.

¹⁹³ En este Real Decreto se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias BOE núm. 207 de 30 de noviembre de 2007.

usuario¹⁹⁴” en este caso, el consentimiento del deudor cedido se equiparará a la renuncia a ejercitar la compensación del artículo 1198 del Código Civil¹⁹⁵.

Se entiende que el deudor renuncia al derecho a compensar las deudas que tiene en relación con el cedente pero no supondrá la renuncia “de las deudas compensables entre el deudor y el cesionario¹⁹⁶”.

La renuncia a la compensación abarcará todas las deudas del cedente y del deudor, con independencia de que el deudor no las conociera en el momento de dar su consentimiento y con independencia de que el crédito y el contra crédito reunieran los requisitos para que la compensación se pudiera producir¹⁹⁷.

Es decir, si antes de la cesión o en el mismo momento de producirse esta el deudor conoce de la misma y no la consiente podrá oponer frente al cesionario la excepción de compensación de todas las deudas que tuviera con el cedente (art. 1198.2 C.c.); incluso todas aquellas deudas que fueron adquiridas después del conocimiento de la cesión, ya que en ese momento es cuando la cesión es eficaz y al cambiar la titularidad del crédito se eliminará la condición de reciprocidad¹⁹⁸.

Lo anterior implica que si el deudor tiene conocimiento de la cesión antes de que se perfeccione el negocio sólo podrá compensar los créditos que antes de producirse el cambio reúnan los requisitos del 1196 (se trataría de una cesión ordinaria); no obstante lo anterior, una vez que se ha perfeccionado la cesión sin que exista reciprocidad de créditos y con conocimiento de la misma por parte del deudor, este no quedará protegido por la excepción de compensación, así pues sólo podrá compensar los créditos que no son exigibles y que todavía no hubiera podido oponer al cedente¹⁹⁹.

De todo lo anterior podemos extraer la siguiente conclusión: el deudor que tiene conocimiento de la cesión podrá oponer la excepción de compensación en relación a

¹⁹⁴ BLANCO PÉREZ-RUBIO Lourdes, últ. loc. cit.; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio., *El crédito...*, op. cit. pp. 19 y 30.

¹⁹⁵ Vid. REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos: eficacia entre las partes...*, op. cit, p. 70 en concreto nota al pie número 182.

¹⁹⁶ JIMÉNEZ MANCHA, *La compensación del créditos*, Madrid, Edersa, 1999, p. 509.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 510; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio., *El crédito...*, op. cit. p. 22.

¹⁹⁸ Vid. STS de 7 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8421), de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6742) y de 11 de julio de 2005 (RJ 2005/5009); REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit, p. 71.

¹⁹⁹ BLANQUER UBEROS, *El pago y la compensación...*, op. cit., p. 47.

todos los créditos que tuviera con el cedente incluso los adquiridos después del conocimiento de la misma, pero siempre deben darse antes de la transmisión del crédito o de la cesión, puesto que los efectos de la cesión en definitiva, el cambio de titularidad del crédito, no se producen hasta que no se realice la cesión²⁰⁰. En todo caso siempre será necesario que el crédito y el contra crédito tuvieran los requisitos de compensabilidad²⁰¹.

Compartimos la opinión de un importante sector doctrinal al entender que, para garantizar el principio de no empeoramiento de la posición jurídica del deudor, será suficiente con que antes de la cesión el crédito del deudor contra el cedente sea compensable con el crédito cedido, con independencia de que el crédito del deudor con respecto al cedente haya vencido o no y con independencia de que este sea o no exigible, ya que se entiende que la situación del deudor será la misma a la que tenía antes de producirse la cesión²⁰².

En segundo lugar debemos mencionar el último párrafo del artículo 1198 del Código Civil, el cual regula los supuestos en los que el deudor no tuvo conocimiento de la cesión, en esta situación el deudor podrá oponer al cesionario la compensación de todos los créditos anteriores al tiempo en el que tuvo conocimiento de la misma, que *in extremis* coincidirá con el momento en el que el cesionario le exigirá el pago. Se podrán compensar todas las deudas que tuviera con el cedente siempre y cuando reúnan los requisitos de compensabilidad del artículo 1196 del C.c. en el momento del conocimiento de la cesión con independencia de que sea posterior a la fecha de transmisión del crédito²⁰³.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 48.

²⁰¹ REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit, p. 73, los PECL a diferencia del ordenamiento español no exigen en la excepción de compensabilidad que los créditos sean exigibles, sino que simplemente es necesario que el contra crédito sea exigible. Vid. En este ámbito PARRA LUCÁN, *El jurista español ante la compensación de créditos*, Aranzadi Civil número 4, 2005, p. 398: “un deudor puede imponer el cumplimiento al acreedor (lo que puede suceder antes de que crédito sea exigible) no hay razón para impedir al deudor que declare la compensación”; lo lógico es entender que los créditos deben estar vinculados entre sí y el crédito del deudor contra el cedente debe vencer antes o en el mismo momento que el crédito transmitido o cedido en caso contrario no se podría dar la compensación de créditos: REPRESA POLO, M^a Patricia., *últ. loc. cit.*, en concreto nota al pie número 194.

²⁰² REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit, p. 73; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio., *El crédito...*, op. cit. pp. 25 y ss; PANTALEÓN PRIETO, *Cesión de créditos...*, op. cit., p. 119.

²⁰³ Vid. STS de 4 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6636), en ella el Tribunal entiende que la excepción de compensación sólo podrá darse cuando se den los requisitos del artículo 1156 del C.c.

Todo lo anterior debe ser ampliado con la aplicación del artículo 58 de la Ley Concursal Ley 22/2003 de 9 de julio; es la primera vez que la legislación positiva española dedica un precepto concreto a la regulación de la compensación en el concurso, dicho artículo establece que la compensación no podrá realizarse en el supuesto de que exista un procedimiento de declaración de concurso ya iniciado contra el deudor cedido²⁰⁴, sólo se podrán compensar las deudas anteriores al concurso siempre que reúnan los requisitos de compensabilidad²⁰⁵. Por ende, cuando la cesión de créditos sea anterior a la declaración de concurso el deudor cedido sólo podrá oponer la excepción de compensación al cesionario si ya inició contra este el concurso de acreedores²⁰⁶. Sobre la base de todo lo anterior podemos extraer las siguientes conclusiones²⁰⁷:

En primer lugar, si el deudor consiente la cesión sin realizar ningún tipo de objeción, posteriormente no podrá oponer al cesionario la excepción de compensación de deudas cuando esta hubiese sido declarada en un momento anterior, por el contrario sí podrá oponer la excepción de inexistencia de crédito.

En segundo lugar, si el deudor tiene conocimiento de la transmisión del crédito antes de que la misma se produzca, podrá oponer los créditos que tuviera contra el cedente con independencia de que fuera antes o después de que tuviera conocimiento de la misma, pero siempre tendrá que ser antes de que se hubiera producido la transmisión del crédito o cesión, aunque los requisitos de compensabilidad se dieran posteriormente siempre y cuando se dieran antes del cumplimiento del crédito cedido.

²⁰⁴ Para entender la figura jurídica de la compensación en el concurso Vid. TRUJILLO DÍEZ, IVAN JESÚS., “Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a la Ley Concursal*, p. 625.

²⁰⁵ El artículo 58 se basa en los principios que inspiran toda la legislación concursal como son la “eliminación de privilegios y defensa del principio de igualdad entre los acreedores y el principio de compensación; Vid. LÓPEZ ORTEGA, “La compensación en el concurso, estudios sobre la Ley Concursal” en *Libro Homenaje a M. Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 2853; de igual forma Vid. DÍAZ DE LEZCANO, “La compensación en la Ley concursal: régimen general y excepciones” en *Libro Homenaje a M. Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 2637; “El párrafo segundo del art. 89 dispone que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley. Esa declaración nos revela cómo la prohibición de compensación no es un precepto aislado; participa de una finalidad superior: consagra la regla de la par *conditio creditorum* como el eje central de nuestro sistema concursal”.

²⁰⁶ REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 76, de vital importancia como menciona la autora es STS de 11 de julio de 2005 (RJ 2005/5009)

²⁰⁷ *Ibidem*, pp. 77-78.

En tercer lugar, cuando el deudor tiene conocimiento de la cesión sí podrá oponer la excepción de compensación de deudas antes del conocimiento, siempre y cuando se cumplan los requisitos de la compensabilidad, con independencia de que se hubieran adquiridos antes o después de la cesión, lo imprescindible es que se dieran antes del conocimiento de la misma.

En cuarto lugar, no podrá compensarse un crédito cedido cuando el cesionario ha sido declarado en concurso, salvo que antes de la declaración de concurso el crédito ya reuniera los requisitos de compensabilidad (art. 58 de la Ley Concursal)²⁰⁸

En quinto lugar, el deudor cedido también podrá oponer las excepciones relativas al incumplimiento del cedente cuando el crédito derive de una relación sinalagmática y sólo se cediera el crédito existente contra el deudor, el cedente seguiría estando obligado a cumplir lo debido con el deudor, por lo que si el cesionario reclama el cumplimiento de la obligación y el cedente hubiera incumplido, podrá oponer este último al cesionario la *exceptio non adimpleti contractus*, por cuanto el deudor no puede ver agravada su situación jurídica por la cesión²⁰⁹.

En sexto lugar, también podrá oponer excepciones relativas al propio negocio de la cesión, podrá oponer cualquier excepción sobre la ineficacia del negocio de cesión que justifique que el cesionario no llegará a adquirir el crédito, como puede ser la nulidad absoluta, simulación, defecto de forma... La doctrina no se pone de acuerdo a la hora de entender si dentro de estas acciones tendría cabida la acción anulabilidad por vicio o incapacidad del cedente²¹⁰.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 78, en concreto Vid. Nota al pie número 207 “Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y de las deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, esta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal”.

²⁰⁹ *Ibidem*, de la misma forma GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio., *El crédito...*, op. cit. p. 41.

²¹⁰ El problema se basa en que el único legitimado para interponer la acción es el cedente, “la excepcional admisión pasaría por considerar que el deudor se convierte en tercero perjudicado por el negocio anulable, si con la cesión, en contra de los principios inspiradores de la misma, especialmente, el de prohibición de empeoramiento de su situación jurídica, se vulnera con dicha posición” REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit. p. 80. En este punto son importantes las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1953 (RJ 1953/1262), de 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8521), de 15 de marzo de 1994 (RJ 1994/1787) y 8 de abril de 2000 (RJ 2000/2354) En ellas el Tribunal adopta un concepto amplio del término sujetos legitimados, podrán ejercitar la acción los terceros perjudicados por el negocio.

En séptimo lugar, también podrá oponer excepciones personales contra el cesionario, el deudor podrá oponer todas las excepciones no relacionadas directamente con el crédito cedido derivadas de las relaciones con el nuevo acreedor²¹¹.

En octavo lugar, excepciones derivadas de la no cesión convencional del crédito, siempre y cuando entre el deudor y cedente se hubiera pactado la incedibilidad del crédito, si el cedente rompiera el pacto y cediese el crédito al cesionario y este último conociera el pacto, el deudor podrá oponer el pacto de no cesión. En todo caso, deberemos diferenciar el supuesto en el que el cesionario actúe de mala fe del supuesto en el que el cesionario actúe con buena fe. Si el cesionario adquirió el crédito desconociendo el pacto y por ello se prueba su buena fe, el deudor no podrá oponerle tal excepción²¹². Por el contrario si se prueba la mala fe del cesionario el deudor cedido sí podrá oponer esta excepción. Luego el pacto de incedibilidad deberá limitarse a las partes que lo pactaron sobre la base del artículo 1257 del Código Civil²¹³.

No obstante lo anterior, algunos autores entienden que lo lógico sería aplicar la solución del BGB cuyo § 399 establece la prohibición de ceder un crédito cuya cesión no es permitida por un acuerdo con el deudor. En nuestro ordenamiento esta opción vendría impuesta por el artículo 1112 del Código Civil. Sin embargo, lo lógico es entender que con esta solución se protegería en exceso al deudor y se perjudicaría la libre circulación de créditos en el tráfico jurídico²¹⁴.

En último lugar hay que analizar las excepciones legales o convencionales, es decir, los supuestos en los que el crédito ha prescrito o ha caducado y si en esos casos el cedente ampliara su vigencia o aplazara el pago podrán ser circunstancias oponibles por el deudor al cesionario, en todo caso, la prescripción o caducidad sólo será oponible cuando “ya esté consumada en el momento de transmisión del crédito como cuando sólo

²¹¹ *Ibidem*

²¹² *Ibidem*, p. 81; esta solución es la que se recoge en el Código Civil italiano en su artículo 1260. Vid. Nota al pie número 223.

²¹³ Solución acogida por los PECL en su artículo 11:301 y en el DCFR Book III. 5:108 que reconoce la validez del pacto de no cesión salvo que el deudor cedido consintiera la misma o provoque que el cesionario desconociera el pacto.

²¹⁴ REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos ...*, op. cit, p. 83.

esté iniciada al celebrarse el negocio y no se consume hasta un momento posterior, siempre antes de que se produzca la reclamación de cumplimiento²¹⁵”.

iv) La cesión de créditos y los terceros

En un contrato de cesión de créditos junto con el cedente, cesionario y deudores pueden intervenir ciertos sujetos con un interés directo o indirecto en la concreta transmisión. Estamos haciendo referencia a los supuestos en los que el cedente es declarado en “quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pago, cargas...” Para respetar los intereses de estos sujetos en cierto modo “extraños” a la relación jurídica original, se plantea la necesidad de que la cesión de créditos respete las exigencias formales de publicidad del artículo 1526 del Código Civil²¹⁶.

Nuestra legislación en este punto es discrepante con el resto de legislaciones extranjeras al exigir el artículo 1526 de nuestro Código para que la cesión sea eficaz, la certeza de la fecha de la misma de conformidad con los requisitos que imponen los artículos 1218 y 1227 del Código Civil o en su caso, la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad para los supuestos de bienes inmuebles; al contrario de las legislaciones basadas en el Código de Napoleón y el Código italiano de 1865, en las cuales la cesión será eficaz contra los terceros desde el momento de su notificación al deudor cedido²¹⁷.

Nuestra regulación conlleva numerosas ventajas en relación con la certeza y seguridad de la fecha, así como la posible protección de los terceros, pues la simple notificación de la cesión al deudor cedido (al no implicar publicidad) no será suficiente para que la misma sea eficaz. En todo caso siempre será necesario contar con la ayuda del deudor y esto en ocasiones no es fácil²¹⁸.

²¹⁵ PANTALEÓN PRIETO, *cesión de créditos...*, op. cit., p. 1118; NAVARRO PÉREZ, José Luis., *La cesión de créditos...*, op. cit. p. 293.

²¹⁶ En cierto modo dicho artículo trata de garantizar que los terceros no estén perjudicados por la mala fe de las partes originarias de la relación jurídica como son el cedente, cesionario o el deudor cedido. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 293; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, op. cit., p. 234.

²¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios...*, op. cit., pp. . 10803-10807; de igual forma: NAVARRO PEREZ, J. L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 174, vid nota al pie número 2 donde señala los orígenes del citado artículo.

²¹⁸ *Ibidem*

Cuanto menos será útil determinar quiénes son los terceros. Existe unanimidad en la doctrina al entender que el artículo 1526 no será aplicable al deudor cedido²¹⁹. “Los terceros aquí son los que puedan resultar *perjudicados* por el cambio en la titularidad del crédito; los acreedores del cedente pero también un segundo (o ulterior) cesionario (de la titularidad plena o limitada) en caso de doble (o múltiple) cesión del mismo crédito. No es tercero, a estos efectos, el deudor cedido para quién, (...) la fecha de la cesión es indiferente puesto que, sea cual fuere, estará siempre obligado frente a quien ostente legalmente la titularidad del crédito; no puede oponer a la reclamación del cesionario el incumplimiento de los requisitos de oponibilidad previstos en el artículo 1526 CC²²⁰”. Tanto en el Proyecto de Código de 1851 como en el Código de 1889 el legislador dejó muy claro que con el segundo párrafo del artículo 1526 se quería dar mayor rotundidad a la exigencia de fecha cierta. Esta exigencia también puede contemplarse para el caso de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento en la cesión, exige que la cesión de créditos garantizados con hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento sean inscritos en el Registro Civil. El mismo requisito se exige para el caso de cesión de créditos de bienes muebles sometidos al Régimen de venta a plazos, artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1965 sobre venta de bienes muebles a plazos y artículo 20 apartado primero de la Ordenanza de 8 de julio de 1966 sobre el Registro de venta a plazos de bienes muebles donde se establece que: “A todos los efectos legales se presumirán que los contratos existen y que su contenido coincide con el que aparece registrado”. En definitiva, la eficacia de la cesión de créditos se producirá cuando la fecha de la cesión se acredite como cierta y en todo caso tendrá una u otra fecha dependiendo de la naturaleza del crédito cedido. Podemos diferenciar cuatro supuestos²²¹:

En primer lugar, la cesión será firme y válida con respecto a los terceros distintos del deudor desde el mismo momento en que así se hizo constar en documento público,

²¹⁹ NAVARRO PEREZ, J.L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 181; GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 207-208, REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 111; BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes., *Cesión de créditos garantizados...*, op. cit., p. 113; ANDERSON, M., *La cesión de créditos hipotecarios...*, op. cit., p. 169. De vital importancia en este ámbito es la STS de 26 de abril de 1991 (RJ 1991/3062) en relación a una cesión de créditos en un contrato de obra.

²²⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios...*, op. cit., pp. . 10804.

²²¹ NAVARRO PEREZ, J. L., *últ.loc.cit.*

es decir, desde el momento de la firma ante Notario como se deduce del artículo 1218 del C.c.²²²

En segundo lugar, debemos dejar constancia de que si el documento se cede de forma privada, no importará la fecha en la que se consigne, ya que el artículo 1227 del mismo texto legal establece que tendrá efectos frente a terceros desde el día en que se hubiese incorporado o inscrito en un Registro público, desde la fecha de la muerte de cualquiera de los firmantes o desde que se hubiese entregado a un funcionario público por razón de su cargo²²³.

En tercer lugar debemos mencionar los créditos referidos a bienes inmuebles, la cesión tendrá efectos con relación a los terceros en virtud del artículo del artículo 1526 apartado segundo cuando sea inscrita en el Registro de la Propiedad²²⁴.

En último lugar hay que tener en cuenta los créditos sobre bienes muebles en lo que exista hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento o estuvieran sujetos a un régimen de venta a plazos, al igual que en el supuesto anterior, la fecha de cesión auténtica será la correspondiente a su inscripción en el Registro²²⁵.

Luego para que la cesión sea eficaz será necesario garantizar la certeza de la fecha y por lo tanto deberán cumplirse más o menos formalidades dependiendo de los créditos en presencia.

1.4 La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos

Una vez que hemos finalizado con el articulado de nuestras actual normativa, debemos analizar (al igual que sucedía con la normativa mercantil) las propuestas de los legisladores en el ámbito civil. La Comisión General de Codificación ha realizado una Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. En la propia Exposición de Motivos de la citada propuesta se establece la necesidad de modificar o reformar los preceptos que contienen el Derecho general de obligaciones y

²²² *Ibidem*; GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 208-214; REPRESA POLO, M^a Patricia., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 112-118.

²²³ NAVARRO PEREZ, J.L., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 182.

²²⁴ *Ibidem*

²²⁵ *Ibidem*

contratos, que en el actualidad se encuentran comprendidos en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil, en concreto los artículos 1.088 a 1.314 derivado de la antigüedad de los mismos, ya que sobreviven los textos iniciales de 1889. El citado legislador entendía que el derecho de obligaciones no era una materia excesivamente problemática y que por ello la mejor vía para solucionar los litigios sería acudiendo a la cláusula de la autonomía de la voluntad²²⁶.

En aquella época el legislador entendía a los contratos como “fuente de obligaciones” y por ende eran la vía apropiada para adquirir tanto bienes como cualquier otro derecho de propiedad, los citados contratos siempre deberían quedar regulados por el principio de autonomía de la voluntad, sin embargo el vínculo no suponía la transmisión de los bienes o derechos²²⁷.

El siglo XX supone un trascendental cambio en relación con las estructuras legales de los contratos. Con el incremento de las prestaciones de servicios e intercambio de bienes fuera de las fronteras nacionales y con el consabido aumento de los organismos a escala mundial se plantea la necesidad de cambiar la actual regulación interna en materia de Obligaciones y Contratos. Podemos afirmar que la Propuesta tiene una serie de propósitos: La primera necesidad será adaptar el derecho a los tiempos actuales: “hay que establecer reglas que resulten más acorde a las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren...”²²⁸. Todo lo anterior implicará eliminar todas las estructuras obsoletas que supongan arbitrariedad y garantizar una legislación ágil adecuada con el desarrollo económico. La segunda finalidad y objeto a alcanzar con la citada Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos es acercar en la mayor medida posible el derecho nacional español al derecho europeo facilitándose así el libre intercambio de prestaciones y servicios y por lo tanto fomentando la contratación internacional²²⁹.

En líneas generales podemos afirmar que el texto en materia de obligaciones y dentro de las disposiciones generales regula las cuestiones relacionadas con la “deuda,

²²⁶ Desde 1889 el principio de autonomía de la voluntad es el principio fundamental a tener en cuenta en el ámbito de las relaciones comerciales. Vid. COMISIÓN GENERAL DE LA CODIFICACIÓN SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, “Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Boletín de Información*, LXIII, Enero 2009, Ministerio de Justicia, Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 9.

²²⁷ *Ibidem*, p. 10.

²²⁸ *Ibidem*, p. 11.

²²⁹ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

la responsabilidad patrimonial universal, acción subrogatoria, la transmisibilidad y fuentes de obligación, incorporando la regulación de la promesa unilateral y la promesa pública de recompensa²³⁰. Para el supuesto en el que exista una pluralidad de sujetos se acoge la figura de la “solidaridad activa” y de la “mancomunidad activa”. Entre otras cuestiones se dedica un capítulo específico a la compensación que puede ser ejercitada por las partes y no de oficio por el juzgador²³¹.

En relación con nuestro objeto de estudio, el texto admite la posibilidad de modificación de las partes intervinientes en una relación jurídica y por ello regula de forma independiente las figuras de cesión de créditos, asunción de deuda o cesión de una determinada posición en el contrato. En relación con el contrato podemos afirmar que uno de los principios fundamentales de la citada normativa es favorecer la validez del mismo, luego se facilita su formación y por lo tanto su existencia por el hecho de que se considere celebrado cuando exista simplemente un intercambio de información, es decir un intercambio de oferta y aceptación; todo ello fruto de los principios contenidos tanto en la Convención de Viena como en el Derecho Europeo de los contratos²³².

En definitiva, se han intentado mejorar la normativa relacionada con el cumplimiento de las obligaciones contractuales, con la posibilidad de subrogación en las relaciones jurídicas lo que implica que las cuestiones referidas a la cesión de créditos y la asunción de deudas se hayan modernizado para dotarlas de mayor fluidez y agilidad.

La estructura del Anteproyecto se determina en el artículo primero donde se indica que los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil abarcarán los artículos 1088 a 1235, así como los artículos 1236 a 1314. En relación a nuestro estudio es trascendental el Capítulo IX por ser el encargado de regular la cesión de créditos, concretamente los artículos 1214 a 1221²³³. La primera novedad introducida por el legislador- a nuestro juicio con gran acierto- con respecto a nuestra actual legislación es que la cesión de créditos ya no se encuentra regulada dentro de la figura jurídica de la compraventa; tiene un capítulo específico, el capítulo IX situado dentro del Libro IV, es decir dentro

²³⁰ *Ibidem*

²³¹ *Ibidem*

²³² *Ibidem*, p. 13.

²³³ *Ibidem*, pp. 37-38.

de la categoría general “De las obligaciones y Contratos” y por lo tanto situado fuera del contrato de compraventa.

El artículo 1214 y más concretamente su apartado primero supone un avance necesario en relación con la cesión de créditos, puesto que admite que el acreedor pueda ceder al tercer interviniente no sólo la totalidad del crédito sino que también se admite una cesión parcial del mismo. Lo anterior será posible salvo que existiera un impedimento legal, cuando las partes lo hubieran pactado de esa forma en el contrato, por la propia naturaleza de la prestación o sobre la base de la persona del acreedor.

Al seguir analizando el artículo, en concreto el apartado segundo nos encontramos nuevamente con una importante novedad en relación con nuestra actual regulación puesto que a partir de la entrada en vigor del citado texto se admitirá una cesión de créditos futuros determinados o determinables, con independencia de que el contrato no se haya celebrado aún o con independencia del tipo de contrato del que deriven los créditos. Podemos concluir que el artículo 1214 es un artículo al que se debe prestar especial atención ya que conlleva la equiparación de la legislación interna española a las necesidades del tráfico jurídico internacional y por ello, una vez que la citada Propuesta entrara en vigor se producirá el necesario equilibrio entre la legislación española con el resto de legislaciones comunitarias²³⁴.

El artículo 1215 indica de forma expresa que la transmisión del crédito se producirá sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor. En lo no regulado por este Capítulo se entiende que se deberán aplicar las normas del contrato que origina la cesión de créditos²³⁵.

El artículo 1216 establece que los derechos accesorios del crédito corren la misma suerte que el crédito. El apartado segundo dispone en relación con el contrato de prenda, que salvo pacto en contrario, el cesionario podrá exigir la entrega de la cosa dada en prenda en posesión del cedente, pero no podrá exigir la que estuviera en posesión del deudor o de un tercero. Lo anterior es lógico derivado del hecho de que el cesionario simplemente ocupará la posición del cedente, además para que la transmisión o cesión del crédito sea válida no será necesario el consentimiento del deudor o de los terceros

²³⁴ *Ibidem*, p. 37.

²³⁵ *Ibidem*

(salvo en determinados supuestos). El párrafo tercero indica que el cesionario con la posesión de la cosa también adquiriera todas las obligaciones relacionadas con el derecho de prenda. No obstante, en caso de incumplimiento responderán tanto el cedente como el fiador solidario²³⁶.

El artículo 1217 es el encargado de reglamentar los derechos y obligaciones del cedente. El primer apartado dispone que el cedente deberá facilitar al cesionario el documento que acredite el origen del crédito así como el resto de elementos que sirvan de prueba, además se le exige un deber de colaboración sobre la base del principio de buena fe contractual. De nuevo se introduce una novedad, puesto que para el supuesto en el que lo que se hubiera cedido fuera una parte del crédito, se establece la necesidad de que el cedente aporte al cesionario todas las copias que estime suficiente de los documentos anteriores. En el párrafo segundo se indica que si el cesionario se lo pide, el cedente estará obligado a formalizar la cesión en escritura pública²³⁷.

El artículo 1218 regula la responsabilidad del cedente, se entiende que este responderá de la existencia, titularidad así como de la posible transmisión del crédito. No obstante, lo anterior tendrá una excepción: cuando el crédito haya sido vendido como dudoso. El citado artículo tendrá que complementarse por las disposiciones contenidas en el Capítulo VII²³⁸.

La insolvencia del deudor es una cuestión regulada en el artículo 1219. En el primer apartado se establece que el cedente sólo podrá responder de la solvencia del deudor en los casos establecidos por Ley o cuando así lo hayan establecido previamente las partes en el contrato. En el supuesto de que el deudor sea responsable estará obligado a restituir lo que haya recibido por parte del cesionario, con los correspondientes frutos, así como el reembolso de los gastos de cesión y aquellos gastos que haya realizado el cesionario para cobrar del deudor que tengan cabida dentro de la normalidad exigida. En todo caso siempre se deberá respetar la buena fe contractual y por ende serán nulos aquellos pactos que “agraven la responsabilidad del cedente”. El párrafo segundo codifica los supuestos en los que la insolvencia del deudor era anterior y sí conocida por el cedente y sin embargo desconocida por el cesionario. En estos casos se entiende que

²³⁶ *Ibidem*

²³⁷ *Ibidem*, p. 38.

²³⁸ *Ibidem*

el cedente también responderá frente al cesionario de los daños y perjuicios. El artículo finaliza con el párrafo tercero donde se revela que el cedente no tendrá ningún tipo de responsabilidad cuando el crédito no se hubiera “realizado” por negligencia del cesionario en el hecho de reclamar el cumplimiento o en proceder contra el deudor²³⁹.

Por otro lado el artículo 1220 desarrolla los derechos del deudor; el deudor podrá hacer valer en relación con el cesionario todas las excepciones que tuviera contra el cedente al tiempo de realizarse la cesión. El párrafo segundo afirma que el deudor también tendrá la posibilidad de hacer valer el pago hecho al cedente, la compensación ya realizada así como cualquier otro acto o contrato que existiera en relación con el crédito cedido entre el cedente y el deudor antes de que este último tuviera conocimiento de la cesión.

La Propuesta de modificación del Código Civil finaliza en relación con nuestro objeto de estudio con el artículo 1221, es decir con la compensación de deudas. De la lectura del párrafo primero se deduce que el deudor tendrá la posibilidad de hacer valer frente al cesionario la compensación que le habría correspondido contra el cedente siempre y cuando la situación que implicara la compensabilidad (debe ser objetiva) existiera en el momento en el que el deudor tuvo conocimiento de la cesión. El apartado segundo exige un requisito adicional, será necesario que aquel de los créditos que fueran compensables que hubiera surgido en último lugar, tuviera su origen en un contrato celebrado en relación a la posibilidad de compensar entre esos dos sujetos²⁴⁰.

A grandes rasgos podemos concluir que la modificación del derecho de obligaciones y contratos era necesaria, sin embargo en relación con nuestra materia objeto de estudio podemos entender que los únicos cambios introducidos tienen que ver con que el contrato de cesión de créditos se deja al margen del contrato de compraventa ya que pasará a regularse dentro de las obligaciones y contratos por con un capítulo propio el Capítulo IX. Y que con gran acierto por parte del legislador se admite la cesión de la totalidad o parte del crédito, así como la cesión de créditos futuros con independencia de que los créditos sean determinables en el momento de celebración del contrato. Estos avances suponen una agilización del comercio internacional puesto que nuestra

²³⁹ *Ibidem*

²⁴⁰ Vid. Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, 2009, pp. 37-38.

legislación ya no será tan restrictiva en relación con estos contratos asemejándose al resto de legislaciones comunitarias.

Finalizamos el estudio de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos diciendo que en la era de la globalización, donde existen una multiplicación de los mercados y por ello un aumento de las relaciones o transacciones transfronterizas no podemos caer en el temido “nacionalismo judicial” ni el “vértigo de aplicación de la Ley nacional”. Las partes deberán actuar con total libertad (siempre dentro de los límites legales) a la hora de realizar las transacciones comerciales. Sólo cuando consigamos una legislación favorecedora del comercio internacional y en definitiva que suponga un aumento de la contratación con la eliminación al máximo posible de los formalismos legales (ágil y veloz) podremos alcanzar el necesario crecimiento económico.

Todo lo anterior puede ser objeto cuanto menos de debate entre los legisladores nacionales. En relación con nuestra legislación podríamos afirmar que no es una de las más restrictivas con la figura jurídica de la cesión de créditos; sin embargo sí debemos tener presente que los artículos 1526 a 1536 del Código Civil deben ser objeto de actualizaciones y cambios. Entendemos que el camino se está completando gracias al enorme trabajo realizado por los expertos de la Comisión General de la Codificación y por lo tanto con su Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos.

Es de agradecer en general que el contrato de cesión de créditos se incluya dentro del libro IV “De las obligaciones y Contratos” y en concreto en un capítulo específico el Capítulo IX. La cesión de créditos tiene por lo tanto una naturaleza propia independiente en la mayoría de los casos del contrato del que trae causa. Además con esta regulación y su estructura el legislador quiere dejar patente que el contrato de cesión de créditos no siempre tiene como origen un contrato de compraventa. Podemos afirmar que si definitivamente el Proyecto entrara en vigor, la normativa española en materia de cesión de créditos sería equiparable a la normativa comunitaria admitiendo la validez de determinadas cesiones imprescindible del comercio actual como son las cesiones parciales de créditos, o las cesiones futuras de créditos.

Sin embargo, podemos afirmar que la Propuesta podría haber sido más ambiciosa en relación con determinadas cuestiones como sucede con la admisión del *factoring* internacional. Nada se dice en la Propuesta sobre la admisión de cesiones globales de créditos. Ni siquiera se dice nada acerca de lo que sucedería en los supuestos en los que el cesionario no fuera un sujeto particular más, sino que nos encontráramos ante un sujeto especializado en la contratación internacional. ¿La regulación sería la misma y por lo tanto el cedente debería responder de igual manera en relación con el cesionario cuando nos encontráramos ante una persona física o jurídica especializada en el cobro de créditos, que cuando nos encontremos con una persona física que actúa de forma independiente en el mercado internacional, en la que prácticamente esta es la primera vez en la que acepta un crédito con la finalidad de obtener su cobro?

Entendemos que la respuesta debe ser negativa y por ende se hace imprescindible que dentro de la nueva regulación, existiera un articulado específico para regular la comúnmente conocida figura jurídica del *factoring* en la práctica internacional. Deberá existir una legislación específica para las empresas especializadas o empresas de *factoring*, al igual que sucede con el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. Sólo así nuestra legislación civil y mercantil estaría a la par con el resto de legislaciones

1.5 Conclusiones

En cierto modo podemos concluir que es prácticamente imposible que las legislaciones internas e incluso en ocasiones las internacionales, se adapten completamente al avance del tiempo y por lo tanto a las nuevas técnicas del comercio y más en una materia en la que es necesaria absoluta agilidad. Lo anterior no podrá conseguirse simplemente con un “retoque” de un Código de 1885 y de 1889; “los textos codificados de dos siglos atrás pensaron en una movilización singular de créditos existentes. Tanto tiempo después ese <<pensamiento>> ve mermadas su operatividad práctica, no adecuándose con corrección a las necesidades del tráfico económico ni internacional”²⁴¹. En ocasiones es incluso necesario adelantarse al comercio. La legislación interna española no debe ser copia de la legislación internacional pero sí deben ir en consonancia. Sólo cuando los juzgadores sean verdaderos conocedores de

²⁴¹ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil...”, op. cit., p. 10.

toda la normativa internacional y en su caso comunitaria, tendrán menos recelos a la hora de aplicarla y por ende sólo en ese momento se dejará a un lado el nacionalismo judicial entendido desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, la legislación aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, en la materia que nos ocupa, la cesión de créditos.

Cuando nos encontremos ante un contrato de cesión de créditos, las partes contratantes deberán conocer su normativa interna pero también la normativa del mercado en el que actúan o del mercado con el que el contrato se encuentra vinculado, con independencia de que sea una normativa comunitaria o internacional. En todo caso, para evitar posibles problemas con la jurisdicción competente, con la legislación aplicable y el posible reconocimiento y ejecución de la sentencia deberán ser previsores y por ello dejarlo todo pactado, una máxima de cualquier legislación deberá ser el favorecimiento del principio de autonomía de la voluntad. La opción anterior no es fácil, pero si debemos entender que si en la práctica internacional las partes no son capaces de ponerse de acuerdo en relación con la jurisdicción competente o en relación con el derecho aplicable mayores problemas para ponerse de acuerdo tendrán una vez iniciado el procedimiento contradictorio. En base a todo lo anterior entendemos que a pesar de que nuestro objeto de estudio estaba relacionado exclusivamente con el ámbito internacional era necesario analizar “brevemente” la normativa interna como medida de base para poder entender la normativa internacional en su conjunto.

Concluimos el estudio de la legislación aplicable a un contrato de cesión de créditos afirmando que en relación con el ámbito interno nos encontramos con una regulación arcaica, obsoleta con obligación de reforma por parte de los legisladores. Por desgracia entendemos que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos y en su caso el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil debería ser objeto de una regulación más rigurosa en relación con el contrato de cesión de créditos.

No obstante lo anterior, debemos tener presente que sí se producen importantes novedades a nuestro juicio imprescindibles como es la admisión de la cesión parcial de los créditos o las cesiones futuras. Más nuestro legislador es “reacio” a admitir la influencia que el resto de ordenamientos jurídicos pueden tener en el nuestro derivado

de la propia práctica internacional. Es lo que sucede en la normativa civil en donde ni siquiera se menciona el contrato de *factoring*, a diferencia de lo que sucede en el ámbito mercantil en donde dicha figura sí ha sido objeto de regulación bajo la denominación de contrato de factoraje.

CAPÍTULO VI
LA NECESIDAD DE UNIFORMIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL:
La Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos en el
Comercio Internacional, Nueva York 12 de diciembre de 2001
(Convención de UNCITRAL)

Una vez que ha quedado acreditada la importancia de la cesión de créditos en el comercio internacional con independencia del ámbito en el que nos encontremos; de nuevo debemos prestar atención a la siguiente idea principal: como explicábamos anteriormente las partes a la hora de pactar los tribunales competentes y el derecho aplicable al contrato deberán tener en cuenta el ámbito de aplicación espacial, es decir en el caso en concreto podremos encontrarnos ante un litigio interno (ya hemos indicado que queda fuera de nuestro objeto de estudio) o un litigio comunitario; para el supuesto en el que el contrato de cesión de créditos esté vinculado con la comunidad europea, como hemos analizado previamente, las partes podrán elegir los tribunales competentes de conformidad con los foros del Reglamento 44/2001 (siempre y cuando se dieran todos sus ámbitos de aplicación) y en ese supuesto el derecho aplicable vendrá determinado por la aplicación de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma I (siempre y cuando se dieran sus ámbitos de aplicación).

Sin embargo, en ocasiones nos encontramos ante contratos de cesión de créditos que traspasan las fronteras nacionales y cuyos contactos no están vinculados con países comunitarios. En esos supuestos las partes también querrán saber cuál es la legislación aplicable a su concreto contrato de cesión de créditos, ya que sólo con la previsibilidad de la posible solución a adoptar por los tribunales en caso de litigio y así como del derecho aplicable, podrá conseguirse la tan ansiada multiplicidad de las transacciones comerciales, los sujetos intervinientes en el comercio internacional conocerán de antemano la legislación aplicable y por ende intentarán actuar de la mejor forma posible para así adecuar sus intereses a la legislación internacional; luego todo el círculo hermenéutico que rodea al contrato de cesión de créditos quedaría cerrado tras el análisis de la normativa internacional no comunitaria. Debemos tener cuidado puesto que en este momento tendrá especial relevancia la figura del *factoring* internacional¹.

¹ El contrato de *Factoring* internacional será objeto de estudio en el Capítulo VII cuando estudiemos la Convención de UNIDROIT sobre Cesión Internacional de Créditos (Ottawa, 1988). No obstante debemos

En este medio es donde tiene cabida la Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.

1. Características de la Convención

El 12 de diciembre de 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional, dicha Convención había sido elaborada por UNCITRAL².

Al realizar el análisis de la presente Convención debemos tener en cuenta el arduo trabajo que existió hasta formalizarse en el texto que finalmente vio la luz. Sin embargo, tanto trabajo no se ha visto recompensado, podemos adelantar que hoy en día la Convención no ha entrado en vigor según se desprende de la lectura del artículo 45 a falta de depósito del quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión³. La citada Convención estaba abierta a la firma de los Estados participantes en las Naciones Unidas hasta el 31 de diciembre de 2003⁴. Los Estados firmantes de la

tener en cuenta que el propio artículo 38 de la Convención de UNCITRAL establece su prioridad frente al Convenio de UNIDROIT (será objeto de estudio en posteriores páginas). De igual forma Vid. GARCÍA MANDALONIZ, MARTA., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 49.

² En ocasiones denominaremos así la Convención. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional sobre la cesión de créditos”, en *Contratos para la financiación y garantía del comercio internacional*, 1ª ed., Navarra, Arazandi, 2008, p. 156. El texto completo de la Convención se puede encontrar en la página de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, más concretamente: en línea en <http://www.uncitral.org>. De vital importancia en este ámbito es la nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL pp. 29-49, documento anexo a la Convención. A grandes rasgos podemos afirmar que existen dos grandes etapas en la elaboración de la Convención: La primera etapa vendría referida a la unificación de la Ley en materia contractual en general, el contrato en materia de transporte así como el contrato para venta de bienes. Se entiende que la unificación en los citados sectores no planteó mayores problemas, sin embargo también podemos observar una segunda etapa mucho más reciente en la que se están realizando esfuerzos de cara a la unificación de los denominados “contratos innominados”. Estos periodos tendrían como punto de unión que ambos se centraron en la unificación de ciertos contratos específicos. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. FERRARI, Franco., “The UNCITRAL Draft Convention on Assignment in Receivables Financing: Critical Remarks on Some Specific Issues”, *Private Law in the International Arena*, The Netherlands, 2000, p. 180: “In one of his very many publications, Professor SIEHR pointed out that the unifications of international contract law can be divided into basically two periods: one which relates to the unifications of the law of those contracts, such as transport contracts and the contract for the sale of goods, which are universally accepted and the unification of which did therefore not pose too many problems, and a more recent one in which efforts were being made to unify the so-called <<innominate contracts>>. These two periods had one thing in common: they focused mainly on the unification of specific contract”. (...) “The UNCITRAL efforts to unify the law relating to the assignment of receivables which after several years of preparatory work by the Working Group on International Contract Practices resulted most recently in a Draft Convention on Assignment in Receivables Financing submitted to the Commission at its session held in New York, 12 June to 7 July 2000.

³ En líneas generales estaríamos haciendo referencia al ámbito de aplicación temporal y territorial.

⁴ Vid. Doc A/RES/56/81

misma han sido tres: Estados Unidos lo firmó en la fecha límite, es decir el 30 de diciembre de 2003, también fue firmado por Madagascar el 24 de septiembre de 2003, Luxemburgo lo firmó el 12 de junio de 2002, en este caso junto con la firma Luxemburgo realizó una declaración donde viene a indicar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Convención dicho país excluye de su ámbito de aplicación el Capítulo V del texto internacional (donde se regulan normas de conflicto adicionales o normas de derecho sustantivo). De igual forma establece que en caso de litigio serán aplicables las normas de prelación contenidas en el artículo 42 apartado primero párrafo c) de la Convención, en relación con la fecha del contrato de venta y más concretamente en relación con las reglas de prelación contenidas en la Sección III de la lista⁵. Otro caso particular lo encontramos con Liberia puesto que no ha firmado la Convención sólo se ha adherido a ella el 16 de septiembre 2005⁶.

En líneas generales podemos afirmar que el proceso de elaboración de la Convención fue el siguiente⁷: En primer lugar, debemos tener en cuenta que la Comisión de las Naciones Unidas empieza a tener especial interés por el tema tras el Congreso con el título “Hacia un Derecho Mercantil uniforme para el siglo XXI” celebrado en Nueva York en mayo de 1992, en este Congreso se llega a la siguiente conclusión: la necesidad de que la propia Comisión se encargue de todas las cuestiones relacionadas con la cesión de créditos por ser una cuestión ajena a la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Tras lo anterior la Secretaria de la Comisión de las Naciones Unidas comienza a elaborar los correspondientes informes⁸;

⁵ Vid. Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional, artículo 42, párrafo primero apartado c donde se indica que: “Todo Estado podrá declarar en cualquier momento que quedará vinculado por (...)”. Apartado c) “El régimen de prelación enunciado en la Sección III del anexo”. Es decir, el régimen de prelación basado en la fecha del contrato de cesión. Vid. Anexo a la Convención, arts. 6-8; p. 26.

⁶ Para un estudio en mayor profundidad del asunto Vid. en línea <http://www.un.org> (última visualización mayo 2014); más concretamente A/RES/56/81.

⁷ Toda la información se puede encontrar en la Nota Explicativa de la Secretaria General de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. El citado texto establece expresamente que: “La presente nota ha sido preparada por la secretaria de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con una finalidad puramente informativa, no se trata de un comentario oficial a la Convención”, p. 29. Para comprender mejor el trabajo de UNCITRAL es importante ver PELICHET, Michel, “Note on the law applicable to assignment in receivables financing”, *Commissiön des Nations Unies pour le droit commercial international*, Document préliminaire N° 13, d’août 1996, pp. 196-201.

⁸ Para un estudio en mayor profundidad resulta de vital importancia la obra de LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional sobre cesión de créditos” en *Estudios de Derecho Mercantil* Libro Homenaje al Profesor JUSTINO F. DUQUE, Universidad de Valladolid, 1998, pp. 1251-1252.

entre los años 1993 y 1995 en los periodos de sesiones 26° a 28° la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional analizó tres informes del Secretario General: A/CN.9/378/Add.3⁹; A/CN.9/397¹⁰ y A/CN.9/412¹¹. Las deliberaciones de la Comisión sobre los citados informes ocuparon del 26° al 28° periodo de sesiones¹². En el 28° periodo de sesiones la Comisión entiende que lo más apropiado es que el Grupo de trabajo dedicado a las “Prácticas Contractuales Internacionales” realice una Convención para alcanzar la pretendida uniformidad en la financiación de la cesión de créditos; así es como se elabora el Proyecto de Convención (en el 23° a 31° periodo de sesiones)¹³. El Grupo se reunió en los periodos de sesiones de 24, 25 y 26 celebrados en noviembre de 1995, julio de 1996 y noviembre de 1996 respectivamente. En la reunión de 24 de noviembre de 1995 se analiza el mismo documento que había presentado ese año la Comisión¹⁴. En los posteriores años el Grupo de trabajo se dedicó a revisar las versiones revisadas de todos los artículos que

⁹ Todos los pasos vienen indicados en la Nota explicativa de la Secretaria CNUDMI en concreto en la nota al pie número 1, p. 29. De igual forma SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 157 especialmente la nota al pie núm. 28. Para un mayor análisis del asunto Vid. “*Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXIV: 1993”.

¹⁰ *Ibidem*: “*Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXV: 1994”.

¹¹ *Ibidem*: “*Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXVI: 1995”.

¹² *Ibidem*: “Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo periodo de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/48/17), párrafos 297 a 301; Suplemento núm. 17 (A/49/17), párrafos 208 a 214; Suplemento núm. 17 (A/50/17), párrafos 374 a 381”.

¹³ Todos los pasos vienen indicados en la Nota explicativa de la Secretaria CNUDMI en concreto en la nota al pie número 1, p. 29. De igual forma SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 157 especialmente la nota al pie núm. 28. Vid. “A/CN.9/420 en *Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXVII: 1996; A/CN.9/432 y A/CN.9/434 en *Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXVIII: 1997; de igual forma A/CN.9/445 y A/CN.9/447 en *Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXIX: 1998; A/CN.9/455, A/CN. 9/456 en *Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXX: 1999; A/CN. 9/466 en *Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXXI: 2000 y A/CN.9/486 en *Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXXII: 2001. Para un mayor estudio de los documentos elaborados por la Secretaría y examinados por el Grupo de trabajo Vid. A/CN.9/WG. II/WP.87 y A/CN.9/WG. II /WP.89 en el *Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXVIII: 1997; A/CN.9/WG. II/WP.93 y A/CN.9/ WG. II /WP.96 en *Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXIX: 1998; A/CN.9/WG. II/WP.98 y A/CN.9/WG. II/WP.102 en *Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXX: 1999 y A/CN.9/WG. II/WP.104 en *Anuario de la CNUDMI*, Vol. XXXI: 2000”. En relación con los informes del 33° periodo de sesiones (año 2000) y del 34 ° (año 2001) Vid. “*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto periodo de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/55/17)*, párrs. 12 a 192 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXXI: 2000*; (op. cit.), y (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto periodo de sesiones, Suplemento núm. 17 y corrección (A/56/17 y Corr. 3)*, párrs. 13 a 200 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXXII: 2001*; (op. cit.). En el anexo I del informe de la CNUDMI acerca de la labor realizada en su 33. período de sesiones (A/56/17 y Corr.3) figura el proyecto de convención que la Comisión presentó a la Asamblea General. En sus periodos de sesiones 33.º y 34.º, la Comisión dispuso de un comentario analítico sobre el proyecto de convención preparado por la Secretaría (A/CN.9/470); (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXXI 2000*; (op.cit.) y A/CN.9/489 y Add.1; (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXXII: 2001*; (op.cit.)”.

¹⁴ Vid. A/CN.9/412 así como A/CN.9/420. Para un estudio en mayor profundidad sobre la cuestión Vid. LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., p. 1251.

contenía el Proyecto de Convención. Serán necesarios otros tres periodos de sesiones adicionales para que el proyecto final de la Convención tome la luz¹⁵.

Finalmente la Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas abriéndose a la firma de los Estados en diciembre de 2001. Sin embargo, a pesar de la ardua labor realizada por la Comisión durante seis años la misma no ha entrado en vigor puesto que como hemos explicado en las anteriores páginas no ha sido ratificada por cinco Estados¹⁶.

No obstante lo anterior, de vital importancia son sus loables objetivos, la propia Secretaría de la CNUDMI en la nota explicativa indica expresamente que el principal fin de la Convención era la promoción del capital y del crédito financiero a un tipo de interés lo más bajo posible para fomentar en la medida de lo posible la compraventa de bienes y la libre prestación de servicios¹⁷. Entre los objetivos principales de la Convención destaca la posibilidad de eliminar al máximo posible los impedimentos que obstaculicen la consecución de la libre circulación de los contratos de cesión de

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ En relación con el ámbito de aplicación temporal y territorial, como hemos mencionado anteriormente el artículo 45.1 de la Convención es el encargado de establecer los requisitos para la entrada en vigor de la Convención, donde se indica que la misma entrará en vigor “el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”. Para un análisis mayor Vid. Resolución 56/81 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 2001 Vid. Anuario CNUDMI, vol. XXXII, 2001. De igual forma en línea <http://www.uncitral.org> 50 p. (Última visualización junio 2014).

¹⁷ Lo anterior se deduce del párrafo quinto del preámbulo: “Considerando que la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos propiciará la oferta de capital y crédito a tipos de interés menos onerosos y, de esa manera, facilitará el desarrollo comercial”. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. BAZINAS, SPIROS V., “Contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho que rige la financiación mediante cesión de créditos: la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional” en *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 88, Octubre-Diciembre 2002, p. 181: “Con miras a cumplir estos objetivos, la Convención elimina los obstáculos jurídicos que entorpecen las prácticas de financiación por cesión de créditos (por ejemplo, ciertas limitaciones legislativas y contractuales) y da a los interesados una mayor certeza sobre ciertas cuestiones jurídicas de fondo de importancia clave (por ejemplo, los efectos de la cesión para el deudor) y sobre cuestiones de derecho internacional privado (por ejemplo, el derecho aplicable a los conflictos de prelación)”. Así como SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp. 157-158 “El principal objetivo de la Convención estriba en favorecer la disponibilidad internacional de capital y créditos financieros a tipos de interés asequibles, facilitando el tráfico transfronterizo de bienes y servicios”. De igual forma GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 49. Como afirma con gran exactitud esta autora: “Su *leitmotiv* es la promoción del capital y el crédito financiero a tipos de interés menos onerosos con el fin de facilitar el tráfico transfronterizo de bienes y servicios. Dicho propósito principal –que no deja de ser utópico– intenta alcanzarse reduciendo las barreras legales y, con ello, la inseguridad jurídica de las operaciones de financiación basadas en los créditos por cobrar de las empresas financiadas, conforme destaca el preámbulo y la correspondiente nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL.

créditos, lo anterior sólo será posible en la medida en que se cuente con una regulación taxativa y rigurosa¹⁸. Antes de comenzar con el estudio propiamente dicho de los ámbitos de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional debemos tener en cuenta que en ocasiones la misma es citada en ocasiones con el término *CARIT*¹⁹.

A grandes rasgos la estructura del texto internacional se puede resumir en los siguientes extremos: sigue en líneas generales la estructura de las Convenciones de derecho mercantil internacional, nos encontramos ante una norma de aplicación directa por los Estados ya que las normas jurídicas contenidas en el texto internacional podrán ser objeto de aplicación directa por partes de las autoridades judiciales del concreto Estado miembro. Por ello, cualquier nacional de ese Estado podrá fundamentar su defensa o la correspondiente demanda en virtud de la aplicación de la citada Convención internacional sin que exista una actuación expresa de transposición de la misma. Todo lo cual deriva del propio carácter internacional de la misma²⁰.

¹⁸ En las posteriores páginas intentaremos analizar si la regulación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional ha sido el mecanismo internacional suficiente para garantizar la libre circulación de los créditos y su posible cesión. Para un estudio más específico Vid. BAZINAS SPIRO, V., "UNCITRAL's contributions to the unification of receivables financing law: the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade", *Banking Law Committee Newsletter*, December 2006, p. 6: "The main objective of the Convention is to facilitate international receivables financing practices, such as asset-based lending, securitisation, factoring, forfaiting and project finance relating to receivables. Practices in which a related service, but no financing, is provided are also recognised and facilitated by the Convention". ID., "Key Policy Issues of the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, spring 2003, pp. 275-278; ID., "An international legal regime for receivables financing: UNCITRAL'S CONTRIBUTION", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 8, 1998, pp. 315-320; ID., "Lowering the Cost of Credit: The Promise in the Future UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade", *UNCITRAL Draft Convention on Assignment of Receivables in International Trade*, vol. 9, Tulane University, 2001, pp. 261-265. Igualmente Vid. B. CARSELLA, Michael., "UNCITRAL: First step in the globalisation of asset-based lending", *The secured lender*, November/December 1998, pp.108-110.

¹⁹ El término se corresponde con las siglas inglesas: *Convention on Assignment of Receivables in International Trade*. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. MORÁN BOVIO, David., "La cesión de créditos en *CARIT*: Preámbulo y Título", en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos., OLEO BANET, Fernando., MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora., (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS*, *Dialnet*, 2010, pp. 1395-1423. ID., "La internacionalidad en la cesión de créditos cubierta por *CARIT*", en, GÓMEZ SEGADA, José Antonio., GARCÍA VIDAL, Ángel., OLIVENZA RUIZ, Manuel., (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: Libro homenaje al Profesor Dr. Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA con motivo de su octogésimo cumpleaños*, *Dialnet*, 2010, pp. 621-636. De forma coincidente con lo anterior Vid. FLESSNER, Axel., VERHAGEN, Hendrik., *Assignment in European Private International Law. Claims as property and the European Commission's "Rome I Proposal"*, European Law Publishers, München, may 2006, 130 p.

²⁰ Vid. FERRARI, Franco., "The Uncitral Draft Convention on Assignment in Receivables Financing...", op.cit., pp. 179-180: "The Uncitral Draft Convention on Assignment in Receivables Financing Overall, however the structure of the Draft Convention is modeled after a structure which has proved to be generally accepted and which should therefore be taken into account when drafting future conventions as

2. Ámbitos de aplicación de la Convención

Los primeros artículos de la Convención son significativos de cara al análisis de los ámbitos de aplicación del instrumento internacional. A continuación comenzaremos con el análisis del ámbito de aplicación material para posteriormente explicar el ámbito espacial²¹. Debemos recordar que deberán cumplirse todos ellos para que la Convención de UNCITRAL pueda aplicarse a un supuesto internacional de cesión de créditos. Antes de comenzar con el estudio de los ámbitos de aplicación debemos tener en consideración que como ya hemos adelantado en la nota al pie número 1, el artículo 38 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de créditos en el comercio internacional establece que ésta prevalecerá en su aplicación frente a la Convención de UNIDROIT sobre *Factoring* internacional celebrada en Ottawa en 1988. Sin embargo esta primacía no tiene un carácter absoluto puesto que podrá aplicarse la Convención de UNIDROIT sobre *Factoring* internacional a los derechos y obligaciones de un deudor al que no le sea de aplicación la Convención de UNCITRAL; como se desprende de la lectura de su artículo 38 apartado segundo²².

2.1 Ámbito material

El artículo 2 de la Convención regula el llamado ámbito de aplicación material puesto que se establece lo que deba entenderse por cesión: “la transferencia consensual por una persona (cedente) a otra (cesionario) de la totalidad, de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero

well. The Draft Convention does, however, not only correspond in respect of its structure (with the aforementioned exception relating to chapter V) to the most recent international uniform commercial law conventions. It is also similar in nature, since like these conventions, it does constitute a self-executing treaty, i.e., a convention <<where legal rules arising from the convention are open for immediate application by the national judge and all living persons in a Contracting State are entitled to assert their rights or demand fulfillment of another person's duty by referring directly to the legal rules of the treaty>>, without there being a need for a further legislative act by the national legislator. The self-executing nature of Convention -such as the Draft Convention has the obvious advantage to highlight- instead of conceal-the convention's international origin”.

²¹ Ya que el ámbito temporal y territorial ha sido explicado a partir de la páginas 3 y siguientes.

²² Vid. <http://www.uncitral.org>, p. 18; igualmente: GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 49 Compartimos la opinión de la profesora MANDALONIZ al entender que para que la Convención de UNCITRAL sea aplicable deberán cumplirse todos los ámbitos de aplicación del instrumento internacional: “No le será de aplicación cuando esté situado en un Estado que no sea parte en la Convención o cuando la ley por la que se rija el contrato originario no sea la de un Estado parte en esta Convención de UNCITRAL”.

(crédito) de un tercero (deudor)²³” de igual forma se entenderá una cesión la “creación de derechos sobre créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación²⁴”. Compartimos la opinión de un importante sector doctrinal el cual indica que dentro del concepto de cesión tendrán cabida las transferencias “puras y simples efectuadas a título de garantía y la constitución de de garantías reales sobre créditos²⁵”.

El apartado segundo establece que para el supuesto en el que existan varios cesionarios porque existieran cesiones sucesivas del crédito, se entenderá que será el cedente la persona que realice la cesión y la persona a favor de quien se haga o quien la reciba el cesionario²⁶. De igual forma (sobre la base de planteamientos objeto de estudio en posteriores páginas) podemos afirmar que también tienen cabida dentro del concepto de cesión los supuestos de subrogación y todas aquellas operaciones que queden cubiertas bajo el término jurídico de prenda²⁷.

La amplitud del ámbito de aplicación material de la Convención de UNCITRAL se puede observar al entender que podrá aplicarse a contratos con independencia de que el acuerdo de cesión se plantee a título principal o a título secundario. Así pues, dentro del ámbito de aplicación material tendrán cabida gran número de prácticas comerciales internacionales como son el *Factoring* y el *Forfaiting* con independencia de que no se recojan de forma expresa en el texto²⁸. Todo lo anterior supone una importante novedad

²³ Vid. <http://www.uncitral.org> concretamente p. 2 de la Convención de las Naciones Unidas.

²⁴ *Ibidem*

²⁵ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 185. ID., “UNCITRAL’s contributions to the unification of receivables...”, op. cit., pp. 6-7; ID., “Key Policy Issues of the United Nations Convention...”, op. cit., pp. 280-284; ID., “An international legal regime for receivables financing...”, op. cit., pp. 322-323; ID., “Lowering the Cost of Credit...”, op. cit., pp. 267-268. B. CARSELLA, Michael., “UNCITRAL: First step in the globalisation...”, op. cit., p. 110. De igual forma LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., p. 1256: “(...) la definición de cesión, de que se entiende por tal la <<transferencia mediante acuerdo...de créditos...>> y de que dicha transferencia se puede operar no sólo a título de dominio sino a título de garantía”. Como señala el citado autor, finalmente la decisión adoptada por el Grupo de trabajo en el último periodo de sesiones fue admitir como válida la cesión realizada “por venta, a título de garantía de cumplimiento de una obligación o por cualquier otro concepto (incluida la subrogación, la novación y la pignoración de créditos)”. De igual forma Vid. FERRARI, Franco., “The UNCITRAL Draft Convention on Assignment in Receivables Financing...”, op. cit., p. 191.

²⁶ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 185.

²⁷ *Ibidem*, p. 186. Compartimos la opinión de este autor al entender que dentro del concepto de cesión recogido por esta Convención no tendrán cabida los supuestos de cesiones por imperativo legal ni los supuestos de cesiones unilaterales.

²⁸ Con gran maestría Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 49: “Esta Convención no se encuentra cercenada entre los estrechos márgenes del *Factoring*. Da cobertura a la vasta panoplia de operaciones que hacen uso de la cesión

en el ámbito internacional ya que la Convención será aplicable a todas las cesiones de créditos con independencia del contrato del que traigan causa²⁹, contratos de venta, de compraventa, de suministro de bienes, de obra y de prestación de servicios entre otros³⁰. Es especialmente destacable la admisión de cesiones globales o parciales de créditos, con independencia de que el crédito sea existente en el momento de realizarse la cesión o futuro³¹, lo verdaderamente importante es que el crédito sea determinable. La cesión del crédito supondrá la cesión de las garantías que el mismo conlleve³². Si nos adelantamos al apartado referente a la eficacia de la cesión podemos afirmar una importante novedad en la materia en relación con el resto de legislaciones; el propio artículo 8 del citado de este texto internacional admite las cesiones de créditos futuros, la cesión de una parte del crédito o la cesión de derechos indivisos sobre el crédito con el único requisito de que sean identificables al tiempo de realizarse la cesión.

De la lectura del artículo 14 apartado primero se desprende que el concepto de crédito que maneja la Convención es un concepto de pago, es decir el derecho a recibir una cantidad de dinero por alguna/s parte/s³³. Todo lo anterior nos lleva a extraer la siguiente conclusión: la amplitud del concepto de crédito admitido por la Convención implicará que la misma pueda aplicarse a una gran suma de operaciones, en definitiva nos encontramos con que el legislador internacional reduce los requisitos legales para favorecer el tráfico de las operaciones comerciales y conseguir la admisibilidad de las cesiones internacionales de créditos. “Por estar en conformidad con las demandas del comercio moderno, es aplaudible esta amplitud del ámbito de aplicación *ratione*

crediticia como mecanismo principal o instrumental. En un elenco no cerrado de prácticas, se ocupa (sin mención) de la titulización, del *factoring*, del *forfaiting* o de la refinanciación o del *project finance*”.

²⁹ A salvo claro están los supuestos contenidos en el artículo 4 los cuales serán analizados inmediatamente.

³⁰ De igual forma Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.50.

³¹ En relación con la definición de crédito futuro el artículo 5 en su apartado b) indica que un crédito será futuro si “el contrato que le da origen no existe al celebrarse el contrato de cesión”.

³² *Ibidem*. De igual forma LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., p. 1258 “(...) Destaca en este punto la especial consideración que merece la posibilidad tanto de la cesión en bloque como de que sean objeto de cesión los créditos futuros...”. Compartimos la opinión de este autor al entender que no es necesario que el crédito se transfiera directamente al cesionario para que la cesión sea válida y por lo tanto eficaz, se entiende en estos casos que “el cesionario adquiere el crédito, que nacerá ya en su patrimonio, sin necesidad de una nueva cesión”.

³³ *Ibidem*. De igual forma Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 159 “Tal definición abarca las fracciones o partes indivisas del derecho a cobrar el crédito cedido, los créditos nacidos de cualquier clase de contrato, los créditos nacidos de contratos para el suministro de bienes, obras o servicios, ya sean de índole puramente comercial o contratos celebrados con consumidores”.

materiae”³⁴. La flexibilidad o la amplitud del concepto implica la necesidad de que exista de forma simultánea una lista de exclusiones de cierto tipo de cesiones en la que o bien no existe un mercado concreto o cuando nos encontremos ante cesiones que deban ser reguladas por leyes especiales³⁵.

El artículo 4 de la Convención es el encargado de regular las exclusiones y por consiguiente las limitaciones a las que no será aplicable la Convención³⁶. Como hemos adelantado, en líneas generales la Convención no será aplicable a todas aquellas cesiones realizadas por una persona física con fines particulares, tampoco podrá aplicarse en relación con los supuestos de una venta o cualquier otra opción que implique un cambio de titularidad o condición jurídica de una empresa cuyo origen sea el crédito cedido³⁷. De igual forma tampoco serán objeto de regulación por la misma aquellas cesiones específicas de los sectores de la banca y del mercado bursátil, tendrían cabida dentro de este supuesto los “créditos financieros derivados de valores, cartas de crédito, depósitos bancarios entre otras operaciones”³⁸.

³⁴ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.50.

³⁵ La primera hipótesis tendría que ver con la no regulación por parte de la Convención de las cesiones realizadas a una persona considerada consumidor, por el contrario si serán objeto de regulación por la misma las cesiones de créditos a cobrar de un consumidor en general. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 160; de igual forma GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.50. BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 186. FERRARI, Franco., “The UNCITRAL Draft Convention on Assignment in Receivables Financing...”, op. cit., pp. 191-192: “(...) The Draft Conventions contains a provision dealing with its exclusion, according to which <<the assignor, the assignee and the debtor may derogate from or vary by agreement provisions of this Convention relating to their respective rights and obligations. Such as agreement does not affect the rights of any person who is not a party to the agreement”. De forma coincidente con lo anterior Vid. SIGMAN, Harry C., and SMITH Edwin E., “The Draft UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade...”, op. cit., p. 347: “The Convention excludes assignments of certain receivables that are considered unrelated to trade finance or which are considered to arise in specialty markets currently regulated by governments or currently self-regulated in well-functioning markets...”

³⁶ Vid. <http://www.uncitral.org> concretamente pp. 3-4 de la Convención de las Naciones Unidas.

³⁷ *Ibidem*. Compartimos la opinión de un importante sector doctrinal BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 186, “UNCITRAL’s contributions to the unification of receivables...”, op. cit., p.7; ID., “Key Policy Issues of the United Nations Convention...”, op. cit., pp.281-284; ID., “Lowering the Cost of Credit...”, op. cit., pp. 268-271. Así como GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.50 al entender que en estos casos la excepción a la aplicabilidad de la Convención es lógica puesto que para que la Convención se aplique será necesario que la cesión del crédito se haya realizado bajo una “finalidad financiera”; Vid. LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., p. 1256.

³⁸ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.50; BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 186; MORÁN BOVIO, David., “La cesión de créditos en *CARIT*...”, op. cit., pp. 80-87. El artículo 4 de la Convención indica que quedarán fuera de su regulación las siguientes operaciones del mercado

Por otro lado el artículo 4 en su apartado tercero introduce una importante excepción de cara a la aplicabilidad de la Convención, al establecer que la misma no afectará a los derechos que una de las partes tenga en virtud de la aplicación de la legislación que rija los títulos negociables. El apartado cuarto del citado artículo establece la primacía de ciertas normas más específicas destinadas a proteger determinados intereses de las partes que intervengan en una operación jurídica con fines particulares. De forma coincidente con el planteamiento anterior, el apartado quinto establece la prioridad en la aplicación de la Ley del lugar de situación del bien inmueble frente a la Convención de UNCITRAL derivado de su mayor especificidad, lo lógico en estos casos es aplicar la Ley del Estado donde tiene su ubicación el correspondiente título³⁹.

2.2 Ámbito espacial

Como hemos comentado anteriormente, para que la Convención de UNCITRAL rija en un contrato de cesión de créditos deben cumplirse todos los ámbitos de aplicación al mismo tiempo. En el caso del ámbito de aplicación espacial podemos adelantar que el requisito que exige la Convención es la internacionalidad del litigio⁴⁰; sin embargo como comprobaremos en las posteriores páginas la determinación de la internacionalidad del contrato de cesión en ocasiones supone una ardua tarea, puesto

bursátil: Contratos financieros basados en acuerdos de compensación global por saldos netos, operaciones de cambio de divisas, sistemas de pago interbancarios, la transferencia de derechos de garantía sobre valores o cualquier otro activo, los depósitos bancarios y cualquier carta de crédito entre otras.

³⁹ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 160; BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., pp. 186-187; ID., “The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade: Insolvency Aspects”, *Int. Insolv. Rev.*, vol. 13: 155-165, 2004, pp. 159-161. Documento en línea (www.interscience.wiley.com) DOI: 10.1002/iir.119. Última visualización septiembre 2014.

⁴⁰ FERRARI, Franco., “The UNCITRAL Draft Convention on Assignment in Receivables Financing...”, op. cit. pp. 183-184: “As far as international sphere of application of the Draft Convention is concerned, one notices that it exclusively covers international situations. For very many years, the drafters of international uniform commercial law conventions have been directing their efforts to merely cover situations which can somehow be defined as <<international>>. Most recently, however, this trend has been criticized on the occasions of the discussion of some international commercial law conventions. Some authors claim that international situations raise the same problems as purely domestic one. Although this may be true, one has to consider that the restriction of the unification efforts to international situations has the advantage of not impacting on the domestic law and, thus, the solutions characterizing a particular legal system which, therefore, will not be altered. Consequently, countries with a particular legal, economic and political system will not be prevented from bringing into force the results of these unification efforts which otherwise would be unacceptable”.

que la Convención exige tanto la internacionalidad de las partes como la internacionalidad del mercado en el que intervienen⁴¹.

El artículo 1 indica que la presente Convención será aplicable tanto a las cesiones de créditos internacionales como a la cesión internacional de créditos. Es decir para que exista la pretendida internacionalidad deberán cumplirse dos requisitos: o bien los créditos han de ser internacionales o la propia cesión debe ser internacional⁴². Lo anterior implica que la Convención de las UNCITRAL no será aplicable a las cesiones puramente internas; sin embargo la afirmación anterior tiene una excepción recogida en el artículo 1.1 b) donde se establece que será aplicable a cualquier cesión posterior siempre y cuando existiera alguna cesión anterior que sí cumpliera los requisitos⁴³.

Del mismo modo, el artículo 1.1 en su apartado a) establece como principal requisito para que la Convención sea aplicable que el cedente esté situado en un Estado contratante al tiempo de celebrarse el contrato de cesión⁴⁴. Si avanzamos un paso más nos encontramos con que el artículo 3 de la Convención indica que la cesión será

⁴¹ Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. MORÁN BOVIO, David., “La internacionalidad en la cesión de créditos...”, op. cit., pp. 624-628.

⁴² GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.50; BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 184; “UNCITRAL’s contributions to the unification of receivables...”, op. cit., p. 6; ID., “Key Policy Issues of the United Nations Convention...”, op. cit., pp. 282- 284; ID., “An international legal regime for receivables financing...”, op. cit., 323-326 ; ID., “Lowering the Cost of Credit...”, op. cit., pp. 271-272. Igualmente: B. CARSELLA, Michael., “UNCITRAL: “First step in the globalisation...”, op. cit., p. 110; así como: MORÁN BOVIO, David., “La internacionalidad en la cesión de créditos...”, op. cit., p. 624; SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp. 160-161. Lo lógico es que sean requisitos alternativos, por lo tanto con que simplemente se cumpliera uno de ellos la Convención podría aplicarse al contrato de cesión de créditos, sin embargo lo anterior no dificulta que en determinados supuestos en la práctica internacional se cumplan los dos requisitos de forma cumulativa.

⁴³ *Ibidem*. Luego en virtud de la aplicación del artículo 1.1 b) la Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de créditos en el comercio internacional podría aplicarse a cesiones internas de créditos y en su caso a créditos que no sean internacionales siempre y cuando alguna de las cesiones anteriores sí cumpliera el tan ansiado requisito de la internacionalidad. Se entiende que la aplicación de la Convención a casos “internos” sólo podría realizarse en el supuesto de que existieran varias cesiones, deberá existir por lo tanto una “cadena de cesiones”. En la Convención de UNCITRAL existe otro supuesto en el que no se exige la internacionalidad, estamos haciendo referencia al artículo 5 m) apartado i) en relación con el artículo 22; donde se indica que (en relación con la definición de parte reclamante) en caso de conflicto la prelación entre cesionarios de un mismo cedente en relación a un crédito que no sea internacional. Se entiende que la Convención será aplicable para garantizar el orden en la prelación de los cesionarios con independencia de que nos encontremos ante una cesión interna de un crédito interno.

⁴⁴ Es lo que se conoce bajo el término “Cross-Border element”; vid. SIGMAN, Harry C., and SMITH Edwin E., “The Draft UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade: A Summary of the Key Provisions as Completion Draws Near”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, winter 2001, p. 345: “The Convention covers the assignment of a receivable if the assignor is located in one country and either the assignee, or the account debtor or other obligor on the receivable (referred to in the Convention as the <<debtor>>) is located in another country. A person is located in the country in which it has its place of business, in the country of the person’s habitual residence”.

internacional cuando el cedente y el cesionario se encuentren situados en diferentes Estados en el momento de realizar el contrato originario de cesión. De igual forma entiende que un crédito será internacional si en el momento de celebrarse el contrato originario el cedente y el deudor están situado en diferentes Estados⁴⁵.

En relación con la figura jurídica del deudor el artículo 1.3 indica que para que la Convención de UNCITRAL pueda aplicarse a los derechos y obligaciones de este será necesario que el cedente y el deudor no se localicen en el mismo Estado. Es decir, el cedente y el deudor deben encontrarse en distintos Estados contratantes al tiempo de celebrarse el contrato originario de cesión o en su caso deberá aplicarse a los créditos cedidos la Ley de un Estado contratante de la Convención⁴⁶. Con el último párrafo del artículo se intenta garantizar la aplicación de una Ley previsible para las partes con independencia de que no sea la Ley más vinculada con el supuesto. En este ámbito, la Convención de UNCITRAL al igual que el resto de las normativas nacionales e internacionales tienen entre sus objetivos, cumplir con la función de protección del deudor y por ello de no empeoramiento de su situación jurídica por el simple hecho de que el cedente hubiera transmitido el crédito al cesionario⁴⁷. Aunque será objeto de

⁴⁵ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.50; BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 184; “UNCITRAL’s contributions to the unification of receivables...”, op. cit., p. 6; ID., “Key Policy Issues of the United Nations Convention...”, op. cit., pp. 282- 284; ID., “An international legal regime for receivables financing...”, op. cit., 323-326 ; ID., “Lowering the Cost of Credit...”, op. cit., pp. 271-272. Igualmente: B. CARSELLA, Michael., “UNCITRAL: “First step in the globalisation...”, op. cit., p. 110; así como: MORÁN BOVIO, David., “La internacionalidad en la cesión de créditos...”, op. cit., p. 624; SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp. 160-161. El artículo 5 de la Convención es el encargado de recoger las “definiciones y las normas de interpretación”, en el apartado a) indica que a los efectos de la presente Convención se entenderá por “contrato originario el contrato realizado por el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido”. De forma coincidente con nuestro planteamiento.

⁴⁶ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.50; BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 184; MORÁN BOVIO, David., “La internacionalidad en la cesión de créditos...”, op. cit., p. 624; SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp. 160-161. De igual forma SIGMAN, Harry C., and SMITH Edwin E., “The Draft UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade...”, op. cit., pp. 345-346: “For the Convention to apply, the assignor must be located in a country that has adopted the Conventions. The assignee need not be located in a country that has adopted the Convention, but the rights and obligations of a debtor may not be affected by the Convention unless the debtor is located in a country that has adopted the Convention or the contract under which the assigned receivable arises is governed by the law of a country that has adopted the Convention”.

⁴⁷ Aunque será objeto de análisis posteriormente, podemos adelantar que todo lo anterior se puede observar tanto en la propia redacción del artículo 15 de la Convención de UNCITRAL (donde se recoge el principio de no empeoramiento de la posición jurídica del deudor por el hecho de la cesión); como en el artículo 4.4 (donde se indica que tendrán preferencia en la aplicación frente a la Convención las leyes especiales que regulen los derechos y obligaciones del cedente y el deudor en relación con operaciones realizadas con fines particulares); así como en el último párrafo del Preámbulo donde se indica que es

estudio en posteriores páginas⁴⁸ podemos adelantar que en aras de esta protección el deudor quedará liberado de su obligación cuando realice el pago de conformidad con el cumplimiento de las estipulaciones del contrato originario siempre y cuando no hubiera sido notificado expresamente por el cedente o por el cesionario (incluso podrán notificarle las dos partes) de la transmisión del crédito. La notificación deberá realizarse por escrito y en ella deberá indicarse la forma en la que el deudor debe realizar el pago y por consiguiente el medio en el que quedará liberado de su obligación. De igual forma, el deudor podrá oponer al cesionario las mismas excepciones y derechos que tuviera en relación con el cedente -salvo que existiera pacto en contrario⁴⁹-. Lo anterior no impide que puedan aplicarse el resto de disposiciones que tengan efectos sobre el deudor como las reglas relativas a las relaciones entre el cedente y el cesionario o las referentes al orden de prelación entre el cesionario y cualquier otro sujeto interviniente. En definitiva, con independencia de que las reglas contenidas en la Convención en relación con el deudor no se puedan aplicar a una concreta cesión, el resto de las reglas contenidas en el instrumento internacional sí podrán aplicarse de cara a la relación entre el cedente y el cesionario así como a los supuestos en los que exista conflicto entre el cesionario y un tercer interviniente⁵⁰.

El concepto de ubicación o localización de las partes intervinientes en un contrato internacional de cesión de créditos es aportado por la Convención en el artículo 5 apartado h) así como en la Nota explicativa de la Secretaría dentro del apartado II referido al ámbito de aplicación, más concretamente dentro del apartado f). La Convención hace coincidir la ubicación de las partes en función del lugar donde el sujeto tenga su establecimiento. Para el supuesto en el que el cedente o el cesionario tuvieran su establecimiento en más de un Estado se considerará como establecimiento el

“necesario velar por la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos”. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.51; de igual forma BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 193 donde indica que: “La Convención prevé un alto grado de protección al deudor”; SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p.161.

⁴⁸ En concreto cuando estudiemos la situación jurídica del deudor.

⁴⁹ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.52; para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp. 162-163; BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., pp.193-197; LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., pp. 1261-1262.

⁵⁰ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p.161.

lugar donde tenga su administración central⁵¹. Para el supuesto en el que el deudor tuviera establecimientos en varios Estados tendrá prioridad el lugar que tenga una vinculación más estrecha con el contrato originario. Si el sujeto no tuviere establecimiento el criterio de ubicación y por ello de internacionalidad vendrá determinado por el lugar donde tenga su residencia habitual⁵². El acierto de la Convención de cara a la utilización de los citados criterios para determinar la posible internacionalidad del supuesto es sumamente acertado; con ellos se garantiza la previsibilidad en la determinación del derecho aplicable en relación con un contrato de cesión de créditos internacional. “Esta nueva regla de la ubicación tiene por objeto asegurar la certeza y la previsibilidad en la aplicación de la Convención y en la determinación del derecho aplicable a los conflictos de prelación. Tal determinación no puede basarse en el criterio tradicional de los vínculos más estrechos⁵³”. De nuevo se intenta proteger al deudor puesto que en la mayoría de los casos se aplicará al contrato

⁵¹ MORÁN BOVIO, David., “La internacionalidad en la cesión de créditos...”, op. cit., pp.628-633; como indica el citado autor, el significado de la sede de la administración central se precisa por parte de la Secretaria con los siguientes datos: “centro de los principales intereses, oficina principal ejecutiva, o establecimiento principal, pero indicando a continuación si se trata de identificar el principal centro administrativo y de control, no uno formal ni donde se encuentran la mayor parte de los activos. Eso permitirá, (...) identificar la jurisdicción del cedente o del cesionario. Vid. A/CN.9/489, núm. marg. 68 y de modo acopado A/CN.9/557, núm. marg. 20. De igual forma BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., pp. 186-187; ID., “UNCITRAL’s contributions to the unification of receivables...”, op. cit., p. 6: “If an assignor or assignee has a place of business in more than one state, reference must be made to the place in which it has its central administration...”; ID., “Key Policy Issues of the United Nations Convention...”, op. cit., pp.283-284: “The Conventions defines <<location>> by reference to the place of business of a party, or the habitual residence, if there is no place of business...”.

Como hemos podido comprobar, nos encontramos ante un concepto de localización ya conocido en el ámbito internacional puesto que guarda enormes similitudes con el concepto de domicilio de personas jurídicas utilizado por el artículo 63 del ya estudiado Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el ámbito civil y mercantil, así como por el artículo 60 del Reglamento 44/2001. Debemos recordar que en dicho Reglamento el domicilio de las personas jurídicas podía coincidir con el lugar donde tuviera su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividades principales. Se comprueba de nuevo la indisoluble unidad de todos los instrumentos internacionales objeto de estudio.

⁵² De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. MORÁN BOVIO, David., “La internacionalidad en la cesión de créditos...”, op. cit., p.629; BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 187. De nuevo aquí podemos observar la indisoluble unidad existente entre las Convención internacionales ya que los mecanismos para averiguar si existe la pretendida internacionalidad y por lo tanto se cumple el ámbito de aplicación espacial están relacionados con el concepto que el Reglamento 44/2001 actual Reglamento 1215/2012 utiliza para averiguar el domicilio de las personas físicas y jurídicas (en relación con la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales); así como el concepto que el Reglamento Roma I utiliza como puntos de conexión para determinar la ley aplicable a un contrato internacional: residencia habitual del prestador característico o en su caso la cláusula de los vínculos más estrechos. De igual forma Vid. Como señala la profesora: “para la fijación del criterio de localización rige el lugar del establecimiento, de haber varios establecimientos en distintos Estados, el de la administración central; de no haber ninguno (en caso no frecuente), el de la residencia habitual”.

⁵³ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 188.

una Ley altamente conocida por las partes a pesar de que en ocasiones no sea la más vinculada con el mismo.

No obstante lo anterior, el sistema de presunciones anteriores si pueden ser válidas para determinar la internacional y por ello la aplicación de una determinada Ley, pudiendo ser la Ley del lugar de situación de la administración central de la empresa; y para el supuesto de que existieran varios por el lugar más vinculado con el contrato. En defecto de lo anterior se aplicará la ley del país de su residencia; el problema se plantea por el hecho de que no siempre coincide con la Ley más beneficiosa para las partes, en ocasiones las partes van a ver aplicado al contrato internacional de cesión de créditos una Ley conocida pero ¿será una Ley altamente conocida para ellas? ¿Será la Ley más beneficiosa para sus intereses? Entendemos que no, a nuestro juicio la solución que adopta la Convención en este punto es una solución “sencilla” pues en la mayoría de los casos estamos haciendo referencia al lugar donde están situados los bienes de la empresa⁵⁴. Con esta solución la Convención intenta garantizar un sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias ágil y veloz ya que en la mayoría de las ocasiones será aplicable la Ley del país del lugar de ejecución de las mismas, lo cual favorece enormemente a la parte vencedora. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la citada regla tiene como efectos positivos la subsanación de los posibles problemas de ubicación que planteen las filiales o las sucursales, pues en estos casos será aplicable la ley del Estado donde se encuentre la administración central de la empresa⁵⁵. Además los criterios anteriores son criterios totalmente válidos y usuales de cara a la determinación de la internacionalidad de un supuesto de cesión de créditos y por ende de cara a la averiguación de la posible aplicación o no de la Convención de UNCITRAL por

⁵⁴ MORÁN BOVIO, David., “La internacionalidad en la cesión de créditos...”, op. cit., pp.630-633. Este autor coincide con nuestro planteamiento al indicar que: “Probablemente puede concluirse con algún autor, que el art. 5 h) brinda una regla de jurisdicción fácilmente determinable, o que en su sencillez permite alcanzar consistentes resultados en la aplicación de *CARIT*”. BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 188.

⁵⁵ En la nota explicativa de la Secretaria en la definición del concepto de ubicación se indica en su p.35 que: “En el supuesto de operaciones concertadas a través de sucursales, la aplicación de la regla de la ubicación de la administración central conllevaría la aplicación de la Convención en vez de la ley del Estado en el cual la sucursal pertinente esté situada, si el cedente ejerce la administración central de sus negocios en un Estado parte en la Convención. Además, una operación podrá pasar a ser internacional y por ende la Convención le será aplicable si el cesionario ejerce la administración central de sus negocios en un Estado que no sea el Estado donde el cedente esté situado, aunque el cesionario haya actuado a través de una sucursal ubicada en el mismo Estado en el que esté ubicado el cedente. Por otra parte, la regla de la ubicación de la administración central de sus negocios. (...) Esta regla no afectará a una institución financiera como sería el deudor del crédito originario puesto que, en dicho supuesto, el criterio del vínculo más estrecho será el que determine la ubicación de la institución”.

cumplirse en el supuesto concreto el ámbito de aplicación espacial. En todo caso en relación con la determinación de la Ley aplicable lo más apropiado sería favorecer la autonomía de la voluntad de las partes y en defecto de lo anterior aplicar la Ley más vinculada con el contrato⁵⁶.

3. Los efectos de la cesión

En ocasiones una cesión de créditos no puede ser efectiva derivado de la existencia de ciertas restricciones legales. La Convención de UNCITRAL en el artículo 8 admite la tanto la cesión de créditos futuros, la cesión de varios créditos, la cesión de partes del crédito o incluso la cesión de derechos indivisos sobre el crédito siempre y cuando sean identificables al tiempo de la cesión⁵⁷. Sin embargo, en ocasiones el cedente puede ver perjudicado su patrimonio en gran medida en los supuestos en lo que realice sea una cesión global de créditos y también en el supuesto inverso, es decir en el caso en el que el cedente realice cesiones parciales; puesto que estas cesiones perjudicarán al deudor y en ocasiones sólo tendrá efecto liberatorio el pago realizado a favor de los nuevos acreedores⁵⁸.

⁵⁶ MORÁN BOVIO, David., “La internacionalidad en la cesión de créditos...”, op. cit., pp. 631-633. Como señala el citado autor, existe una coincidencia general en que los citados criterios garantizan la “certeza y previsibilidad (...), otorgándose, igualmente, escasa eficacia al régimen de la *conexión más directa*, a la vez que se rechaza la alternativa del lugar de registro de la personas jurídica. También se ha advertido la amenidad del lugar en que radiquen las propiedades principales o los archivos contables”. Para un análisis con mayor exhaustividad del tema Vid. BAZINAS SPIROS, V., “UNCITRAL’s contribution to the unification of receivables financing Law: The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade”, *URL/RDU*, 2002, pp. 49 y ss; así como TORSELLO, M., *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions (A Comparative Study Beyond the 1980 Uniform Sales Law)*, München, 2004, pp. 95 y ss. Para ellos lo más lógico es que la regla de la internacionalidad venga determinada por la sede en que se adopten las decisiones finales y por lo tanto la sede que sea más importante a nivel administrativo. Otro autor partidario de los criterios anteriores es WALSH, C., “Receivables Financing and the Conflicts of Laws: The UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade”, *DRL*, 2001 (106:1) pp. 159-176, entre sus principales motivos a favor se encuentran: “la ponderación prioritaria del lugar en que probablemente se abrirá la insolvencia del cedente, la huida de localizaciones de conveniencia, la mayor ausencia de dudas o el conocimiento inmediato, la identidad con la solución que propugnan quienes más estudiaron la cuestión, más la coincidencia con el criterio determinante para la aplicación de la Convención, con lo que para evitar la confusión y elevar la predictibilidad, resulta preferible que la sede elegida entre otras para fijar la internacionalidad, sea también la que determine el Derecho aplicable”.

⁵⁷ En el caso de cesión de créditos futuros la misma tendrá efecto sin que sea necesario un nuevo acto de transmisión para cada crédito (salvo que exista pacto en contrario); artículo 8 apartado segundo. Todo lo anterior no afectará a las limitaciones impuestas por Ley (artículo 8.3)

⁵⁸ De igual forma Vid. BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 189. “UNCITRAL’s contributions to the unification of receivables...”, op. cit., pp. 8-9; ID., “Key Policy Issues of the United Nations Convention...”, op. cit., pp.329-330; ID., “An international legal regime for receivables financing...”, op. cit., pp. 287-288; ID., “Lowering the Cost of Credit...”, op. cit., pp. 273-274. Así como B. CARSELLA, Michael., “UNCITRAL: “First step in the globalisation...”, op. cit., pp. 112-113.

Se entiende que cuantos más créditos tenga el cedente y por ende cuanto mayor sea su cuantía podrá obtener mayores beneficios financieros y ofrecer mejores precios a los posibles compradores del crédito así como a sus deudores. El problema en este punto se plantea por el hecho de que la Convención no establece una jerarquía en el cobro en relación con unos acreedores frente a otros; lo cual supone que tendrán que ser las partes las que indiquen esa jerarquía u orden para el cobro de las deudas. No obstante lo anterior, no debemos olvidar que entre los principales fines de la Convención de UNCITRAL siempre estará la protección del deudor⁵⁹.

Otra forma de limitar la posible transmisión de los créditos puede venir derivada de las propias partes, estamos haciendo referencia a los acuerdos de intransmisibilidad del crédito. El artículo 9 en su apartado primero indica que la cesión del crédito será eficaz con independencia de que exista un acuerdo de tales características⁶⁰. Para la Convención los citados acuerdos siguen siendo operativos y no van a liberar al cedente de sus responsabilidades en caso de que exista un posible incumplimiento del contrato. No obstante lo anterior, el apartado segundo sí recoge dos posibles limitaciones de cara al acuerdo de intransmisibilidad: El deudor no podrá resolver el contrato basándose únicamente en el acuerdo de intransmisibilidad y además el cesionario no podrá

Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. KOETZ, Hein., “Rights of third parties. Third Party Beneficiaries and Assignment”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, 1992, pp. 58 a 91.

⁵⁹*Ibidem*. Todo lo anterior será objeto de estudio más detenidamente. Podemos adelantar que los artículos 15 a 21 del texto son los encargados de regular todo lo concerniente a la figura jurídica de esta parte de la relación jurídica. Entre los principales principios a tener en cuenta se encuentra el principio de no empeoramiento de su situación jurídica por la transmisión del crédito. En todo caso el pago realizado por el deudor a favor del cedente tendrá efecto liberatorio siempre y cuando la cesión no le hubiere sido comunicada. Siempre deberemos tener en cuenta las limitaciones relativas “al Estado y a otras personas o entidades públicas”, recogidas en el artículo 40.

⁶⁰ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. SIGMAN, Harry C., and SMITH Edwin E., “The Draft UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade...”, op. cit., pp. 349-350: “For certain types of receivables, the Convention permits assignment of the receivable notwithstanding that a term of the contract between the assignor and the debtor restrict assignment by the assignor. Is such a receivable assigned in contravention of the contractual anti-assignment term, the debtor retains against the assignor any claim that the debtor has for breach of the contractual anti-assignment term. However, the debtor may not exercise a right to terminate the agreement because of the breach of the anti-assignment term, and the assignment is nevertheless effective” “The types of receivables (...) sale or lease of real or personal property, from the provision of services other than financial services, from credit card transactions and from close out payments under multiparty non-financial netting agreements, such as interline shipping agreements among multiple carriers”.

responder frente al deudor por el hecho de haber tenido conocimiento del acuerdo de intransmisibilidad⁶¹.

La finalidad de este artículo dentro de la Convención es la libre circulación del crédito en el ámbito internacional, en definitiva la facilitación del comercio y por ello de la economía a pesar de que dos partes en un concreto ámbito pactaran lo contrario. El problema en estos casos es que en muchas ocasiones las partes que realizan estos pactos de no cesión suelen ser partes lo suficientemente fuertes como para pactar ese tipo de acuerdo con independencia de que el mismo perjudique a otros sujetos⁶².

Otra opción en relación con las posibles limitaciones es el supuesto permitido por el artículo 40, el cual otorga a los Estados la posibilidad de desvincularse o de establecer ciertas condiciones para quedar vinculado en relación con lo establecido en los artículos 9 y 10 (limitaciones contractuales y transferencia de los derechos de garantía); siempre y cuando el deudor o cualquier otra parte que otorgare una garantía de pago, en relación con el crédito cedido se encuentren situados en el territorio de ese Estado al tiempo de celebrarse el contrato originario, siendo el único requisito exigible que el deudor u esa tercera parte interviniente sea una entidad pública⁶³. En relación con la transmisión de los derechos de garantía y sus posibles limitaciones contractuales serán tratadas como si fueran créditos⁶⁴.

⁶¹ *Ibidem*

⁶² *Ibidem*. En este supuesto debemos tener en cuenta que dicha práctica no tendrá cabida en relación con los deudores no consumidores puesto que como se deduce del artículo 4.4 del texto internacional tendrá preferencia la legislación específica del concreto Estado sobre protección de consumidores en relación con el cedente y el deudor frente a la Convención de UNCITRAL.

⁶³ Vid. artículo 40 de la Convención. Con este artículo se evita que las limitaciones contractuales en relación con los créditos estatales se debieran aplicar en todos los Estados y por lo tanto cualquier sujeto interviniente puede competir de cara a la adjudicación de un contrato público y no solo aquellos con mayor poder económico. Compartimos la opinión de BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 190 al entender que: “Se prefirió prever una reserva y no una excepción a la regla, ya que de otro modo protegiendo a ciertos Estados podía provocarse un incremento del costo del crédito para todos los Estados, aun cuando ello no fuera necesario ni conveniente”.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 190. Como señala el citado autor: “Con respecto a las limitaciones contractuales, los derechos de garantía se tratan del mismo modo que los créditos (por ejemplo, la limitación contractual es válida entre las partes pero no afecta al beneficiario de la transferencia; artículo 10.2 y 3). Esta disposición es aplicable a los “créditos comerciales” según su definición amplia (art. 10.4) y no afecta a ninguna obligación del cedente frente al deudor en virtud de la ley que rija el derecho de garantía (por ejemplo, los daños y perjuicios por la transferencia de acciones pignoras a un cesionario extranjero, artículo 10.5). Del mismo modo, esta disposición no afecta a ningún requisito de forma o de inscripción necesario para la transferencia del derecho de garantía (artículo 10.6)”.

4. La situación jurídica del cedente y del cesionario

La Convención de UNCITRAL haciéndose eco de las prácticas internacionales reconoce en primer lugar la autonomía de la voluntad de las partes (artículo 6); es decir del cedente y del cesionario de cara a concluir su contrato de conformidad con sus intereses, siempre y cuando no perjudique los intereses de terceros intervinientes ajenos a este contrato⁶⁵.

La Convención da un paso más allá y establece en el artículo 11 apartado segundo que tanto el cedente como el cesionario, quedarán obligados por los usos del comercio internacional pactados en el contrato así como por las prácticas comerciales establecidas entre ellos. El apartado tercero indica que en el caso de una cesión de créditos internacional (salvo pacto en contrario) se entenderá por uso del comercio internacional aquel “que sea ampliamente conocido en el comercio internacional y habitualmente observado por las partes en el tipo de cesión de que se trate o en la cesión de la particular categoría de créditos de que se trate⁶⁶”.

⁶⁵ Como ya hemos podido comprobar la referencia a terceros intervinientes se está haciendo en relación al deudor. En este artículo de nuevo se puede comprobar el “hilo conductor” de cualquier contrato de cesión de créditos en el ámbito internacional con independencia del territorio o del Estado en el que se encuentren las partes contratantes; el auge del comercio internacional sólo se podrá dar cuando las partes vean reducidos los riesgos en la contratación internacional, lo anterior sólo se podrá producir con la aplicación de una legislación favorable y por lo tanto con la redacción de contratos fácilmente asumibles para ellas, no sólo en relación con los costes sino también aumentando la intervención de las mismas a través de la autonomía de la voluntad. Otra vez podrá comprobarse la constante relación entre los instrumentos internacionales en presencia puesto que como hemos indicado en los capítulos anteriores el Reglamento 1215/2012 en relación con la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales establece el foro del pacto de sumisión expresa o tácita (al igual que el antiguo Reglamento 44/2001); y el Reglamento Roma I también tenía el punto de conexión de autonomía de la voluntad de cara a la elección del derecho aplicable.

⁶⁶ Podemos deducir que la Convención en estos artículos está dotando con fuerza de ley y por lo tanto con carácter vinculante a los pactos realizados por las partes que se ajusten a los usos del comercio internacional. De igual forma Vid. BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 191; ID., “UNCITRAL’s contributions to the unification of receivables...”, op. cit., p.8: “The Convention also recognises trade usages agreed upon and trade practices established between the parties (Article 11). In order to fill gaps left in the assignment contract, and to provide a list of issues to be addressed in the contract, the Convention contains a number of default rules dealing with matters such as representations, notification and payment, and contractual rights to proceeds”; ID., “Key Policy Issues of the United Nations Convention...”, op. cit., pp. 288-289 ; ID., “An international legal regime for receivables financing...”, op. cit., pp. 334-337 ; ID., “Lowering the Cost of Credit...”, op. cit., pp. 274-278. Así como B. CARSELLA, Michael, “UNCITRAL: “First step in the globalisation...”, op. cit., pp. 118-120; así como SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p.162. En este momento podríamos realizar la siguiente reflexión: ¿La Convención de UNCITRAL está dotando de rango legal a la Lex Mercatoria?

Con la finalidad de suplir todas las lagunas que pueda tener un contrato de cesión así como reflejar todas las cuestiones que deben quedar incluidas en él, la Convención contiene una serie de reglas de “derecho supletorio” sobre determinadas cuestiones como son: las garantías otorgadas por el cedente, la notificación, el pago y los derechos contractuales del producto. Cuando nos encontramos con garantías supletorias, las partes podrán modificarlas y por ello adaptarlas a los fines de su propio contrato⁶⁷.

Las garantías dadas por el cedente se encuentran en el artículo 12; este artículo proclama en líneas generales las garantías contractuales que existen de forma implícita en cualquier contrato de cesión. Una vez admitida la posibilidad de que el cedente puede transferir el crédito (a salvo quedarán los supuestos de pacto en contrario) se establece que este en el momento de la celebración del contrato de cesión de créditos responderá de las posibles excepciones que pueda oponer el deudor; además deberá garantizar que el crédito no ha sido cedido anteriormente a otro cesionario. Sin embargo y salvo pacto en contrario, el cedente no podrá responder de la solvencia financiera del deudor al tiempo de realizar el pago (artículo 12 segundo apartado). La finalidad de este artículo vendría determinada por el hecho de que el cedente junto con el deudor son las partes principales de un contrato de cesión de créditos y por ello, será la parte más indicada para saber si el deudor va a poder cumplir con la prestación exigida, es decir la ejecución del contrato o por el contrario el deudor realizará las correspondientes excepciones⁶⁸.

Otras reglas de derecho supletorio que pueden ser objeto de modificación por las partes intervinientes en el contrato de cesión de créditos son las referentes a la notificación y el pago. En relación con la notificación de la cesión y a salvo de pacto en contrario entre cedente y cesionario, se entiende que la cesión será eficaz entre ellos con independencia de que la misma no haya sido notificada al deudor (art. 14.1). Lo anterior no impide que uno de ellos o las dos partes puedan notificar al deudor a través de las instrucciones de pago. Sin embargo, la notificación al deudor supone la modificación

⁶⁷ *Ibidem*. De igual forma Vid. SIGMAN, Harry C., and SMITH Edwin E., “The Draft UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade...”, op. cit., pp. 347-348: “The Convention generally permits the parties to a contract from which a receivable arises or the parties to an assignment of the receivable to vary the terms of the Convention by agreement. The agreement between these parties, as a matter of contract between them, may not, however, vary the rights of any third party under the Convention without that third party’s consent”.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 192 y 162 respectivamente. De igual forma LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., pp. 1260-1261.

de las condiciones de pago, pues una vez notificado sólo quedará liberado del pago realizado a favor del cesionario y sólo este podrá enviar al deudor las instrucciones de pago (artículo 13). La notificación al deudor también limita sus derechos de compensación en relación con contratos independientes del contrato originario de cesión de créditos de cara a los posibles derechos que se pueden invocar en el momento de la notificación, además cualquier corrección o rectificación que se quiera realizar en el contrato originario quedará supeditada al específico consentimiento del cesionario (arts. 17, 18.2 y 20.2)⁶⁹.

La Convención de UNCITRAL en su artículo 5 apartado d) desarrolla lo que deba entenderse por notificación; “es un escrito donde se especifican con suficiente claridad los créditos que se ceden y la identidad del cesionario”. Para que tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtan efecto, el deudor deberá recibirlas en un idioma en el que “razonablemente quepa prever que quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario”⁷⁰.

Para el supuesto en el que el deudor reciba varias instrucciones de pago de cara a una única cesión de los mismos créditos por el mismo cedente, solamente quedará liberado del pago cuando cumpla con las instrucciones dadas en las últimas instrucciones de pago (art. 17.3); por el contrario si al deudor le han sido notificadas varias cesiones realizadas por el mismo cedente en relación con los mismos créditos, sólo quedará liberado del cumplimiento de su obligación realizando el pago de conformidad con la primera notificación que recibió (17.4). Si nos encontramos con el supuesto en el que el deudor recibe una notificación de una o varias cesiones posteriores sólo quedará liberado del pago cuando lo realice de acuerdo con la última cesión (art. 17.5). Por otra parte, en ocasiones puede suceder que al deudor se le notifique una parte de la cesión, ya sea de un crédito o de varios o incluso de un derecho indiviso sobre

⁶⁹ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., pp. 192-193; así como SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p.163; LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., pp. 1260-1261.

⁷⁰ *Ibidem*. Todo lo anterior se deduce de la lectura del artículo 16.1. Llegados a este punto debemos realizar la siguiente aclaración: La Convención de UNCITRAL no exige que para que la notificación realizada al deudor sea válida vaya acompañada de unas instrucciones de pago, simplemente es una potestad que se concede a las partes de cara a facilitar la labor del deudor y por lo tanto el cobro de la deuda (art. 17 apartados 1 y 2)

tales créditos. En esos supuestos sólo quedará liberado de su obligación cuando realice el pago de conformidad con la notificación recibida y en definitiva sólo quedará liberado respecto de la parte o el derecho indiviso pagado (art. 17.6)

Cuando sea el cesionario el que realice la notificación al deudor, este último podrá solicitar prueba suficiente de que tanto la cesión inicial como las cesiones posteriores se han realizado⁷¹. Si el cesionario no le otorga la citada prueba, se entenderá que la notificación no ha tenido efecto y por ello quedará liberado del pago si lo realiza a favor del cedente⁷² (art. 17.7) La notificación es muy importante en determinados supuestos como sucede en el caso de los contratos de financiación. Lo más habitual es que en estos contratos sean las partes las que de antemano ya fijen una cláusula en el propio contrato donde se autorice al cesionario a realizar la notificación al deudor, el problema vendría determinado por el hecho de que se aplicarían unos determinados acuerdos a un tercer sujeto que no ha formado parte de los mismos. De igual forma la parte que efectúa una notificación incumpliendo un acuerdo de no notificación, no debería beneficiarse de las ventajas que implique la citada notificación⁷³.

No podemos terminar el estudio de la relación jurídica entre el cedente y el cesionario sin analizar los derechos sobre el producto. La Convención de UNCITRAL reconoce la posibilidad de cesionario de reclamar tanto el “producto abonado como los

⁷¹ De igual forma GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 52. Como señala la profesora en este punto se encuentra gran similitud entre el Convenio y el artículo 11:303.2 PECL.

⁷² BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., pp. 192-193; así como SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p.163; LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., pp. 1260-1261. Como hemos dicho anteriormente, si el cesionario realiza la notificación el deudor podrá exigir prueba suficiente o en su caso realizar el pago “a quien tenga derecho a percibirlo, o a una autoridad judicial de otra índole, o a una caja pública de depósitos” (art. 17.8)

⁷³ De igual forma Vid. BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 193; compartimos la opinión de este autor al entender que: “En los ordenamientos jurídicos en los que la prelación se basa en la fecha de notificación y ésta sólo puede cursarse con autorización del cedente. Obsérvese que al denegar dicha autorización, el cedente puede obligar al cesionario a hacer concesiones o, al conceder autorización a uno de varios cesionarios, puede determinar quién tiene prelación”. De igual forma GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 52: “Tanta importancia adquiere la notificación que, sin ella, cualquier conocimiento que de la cesión tenga o haya podido tener el deudor se estima irrelevante, siempre que no exista por su parte mala fe o fraude, por disposición del artículo 17 y en contraste con el artículo 11:303.4 PECL donde tras el conocimiento el deudor no se descarga de su obligación pagando al cedente. La notificación no se alza, sin embargo, en el artículo 8 en requisito para la eficacia del contrato de cesión entre el cedente y el cesionario o frente al deudor u otra parte reclamante. La eficacia es plena e inmediata una vez perfeccionada la cesión, sin que para destruir dicha eficacia quepa hacer valer siquiera los pactos de incedibilidad o << anti-assignment clauses>> que pudieran existir entre los contratantes originarios, bajo el reinado del principio *favor cessionis*”.

bienes restituidos por razón de ese crédito”⁷⁴ siempre y cuando el pago se hubiera realizado en beneficio del cesionario, del cedente o de cualquier otro sujeto interviniente sobre el que el cesionario tenga prelación⁷⁵.

Será la regulación aplicable al caso la que determine si el cesionario puede reivindicar un derecho de propiedad sobre los citados frutos, en todo caso la Convención de UNCITRAL sí resuelve los supuestos en los que el producto es un crédito; el artículo 22 establece que será aplicable la Ley del Estado donde esté situado el cedente⁷⁶. La Convención define en el artículo 5 apartado j) lo que debe entenderse por producto: “todo lo que se reciba como pago total o parcial u otra forma de ejecución de un crédito cedido. Este término incluye todo lo que se reciba en concepto de producto, pero no incluye las mercancías restituidas”⁷⁷.

5. La situación jurídica del cesionario y el deudor

Lo primero a tener en cuenta en el estudio de este apartado es el elevadísimo nivel de protección del deudor. Como hemos indicado en las páginas anteriores, el principio de no empeoramiento de la posición jurídica del deudor está presente a lo largo de toda la Convención de UNCITRAL. La obligación de pago y en su caso el cambio en el

⁷⁴ Así se desprende del art. 14. 1. a)

⁷⁵ Artículo 14.1 apartado b) y c)

⁷⁶ En contra de la aplicación de la Ley de situación del cedente Vid. WALSH, Catherine, “Receivables Financing and the Conflicts of Laws...”, op. cit., p. 171 “Under article 22 of the Convention, the priority of an assignee’s right in the assigned receivable against competing claimants is referred to the law of the State in which the assignor is located. The reasons why the assignor’s location was thought to be the most appropriate connecting factor in the receivables financing context are best revealed by comparing it to the possible alternatives. The proper law of the contract of assignment is clearly unacceptable. The only virtue of deferring priority to that law would be to empower the assignor to escape from an overly rigid domestic regime by including a choice of law clauses in the assignment contract in favour of the law of a State with a more sympathetic receivables financing law”. Como leyes alternativas a la ley del lugar de situación del cedente propone otras como pudieran ser: la Ley del lugar de situación del deudor y en segundo lugar pondría como alternativa la Ley que se aplicó al crédito cedido es decir, el contrato originario: “Of the other possible alternatives, two enjoy significant support at the domestic law level. The first is the national *lex situs* of the debt, the law of the place where the debtor is located. The second is the law applicable to the assigned receivable-for contract- generated receivables of the kind governed by the Convention, this is effectively the proper law of the original contract between the assignor and the debtor”. No compartimos las opciones anteriores al entender que lo más correcto es aplicar la Ley del lugar de situación del cedente puesto que este es el sujeto que realiza la prestación más característica o principal como es la transmisión del crédito. Entendemos que por lo tanto es una ley suficientemente previsible para las partes.

⁷⁷ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.193; así como SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp.163-164. Como afirmar estos autores en determinados supuestos será aplicable el régimen especial que el artículo 24 de la Convención destina al producto. A grandes rasgos podemos afirmar que lo verdaderamente importante es que el crédito sea identificable.

contrato originario quedará supeditada a la existencia de notificación⁷⁸. Antes de comenzar con el estudio propiamente dicho de los derechos y obligaciones del deudor, hay que tener en cuenta que deberá situarse en un Estado contratante al tiempo de realizar o celebrar el contrato originario, en defecto de lo anterior la Ley aplicable a los créditos cedidos deberá ser la Ley de un Estado contratante de la Convención⁷⁹. Además de proclamar la protección del deudor como principio fundamental (artículo 15)⁸⁰; la Convención de UNCITRAL enuncia una serie de reglas específicas que desarrollan el citado principio, dichas reglas están relacionadas con el pago liberatorio, las excepciones que puede oponer, los derechos de compensación, las renunciaciones a los derechos de compensación y a las excepciones, así como la posible modificación del contrato originario y la devolución o reintegro del pago realizado⁸¹.

Como ya hemos explicado en el anterior epígrafe, en el caso de que el deudor tuviera dudas de la cesión del crédito podrá pedir prueba suficiente al cesionario; a salvo quedarán los derechos de compensación derivados de otros contratos no relacionados con el contrato originario y en estos casos, el deudor no podrá oponer los derechos de compensación (art. 18). Por consiguiente, cuando deban interpretarse ciertas lagunas en relación con el articulado de la Convención las mismas deberán realizarse a favor del deudor. El cedente al realizar la cesión deberá tener presente que no podrá modificar ni la moneda ni el lugar de pago pactado en el contrato originario. La admisión de dicho cambio con respecto al deudor dependerá de lo establecido por el derecho aplicable al caso, derecho ajeno a la Convención.

⁷⁸ Así se deduce del artículo 17 apartados 1 y 2. De igual forma Vid. SIGMAN, Harry C., and SMITH Edwin E., "The Draft UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade...", op. cit., pp. 350-352.

⁷⁹ Lo anterior se deduce del artículo 1.3. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., "La cesión de créditos en el comercio internacional...", op. cit., p.51. Compartimos la opinión de la profesora MANDALONIZ al entender que: "Con este añadido intenta garantizarse que al deudor no le sea aplicable un régimen jurídico <<extraño>> del que no tenga conocimiento y limitar las inconveniencias que, en términos de costes adicionales, un cambio de acreedor le pueda extrañar. La protección del deudor es el pilar fundamental y privilegiado sobre el que descansa todo el sistema".

⁸⁰ La protección del deudor desarrollada en el artículo 15 se complementa con lo establecido en el artículo 4.4 y con penúltimo párrafo del preámbulo. De igual forma Vid. BAZINAS SPIROS, V., "La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...", op. cit., p.193.

⁸¹ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. BAZINAS SPIROS, V., "La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...", op. cit., p.194; así como SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., "La regulación internacional...", op. cit., p. 164.

En todo caso, el pago liberatorio del deudor dependerá de la notificación escrita. Es decir, si el deudor no ha recibido ningún tipo de notificación quedará liberado del cumplimiento de su obligación si se ha realizado de conformidad con las estipulaciones del contrato originario. Por el contrario, si el deudor ya ha recibido notificación de la cesión sólo quedará liberado del cumplimiento de su obligación si realiza el pago de conformidad con las instrucciones que la otra parte le indique en la notificación⁸².

La Convención basa todos sus planteamientos en la necesidad de cumplimiento de la obligación por parte del deudor y por ello del cobro; así pues la mala fe y el fraude del deudor en estos casos es prácticamente “imposible” de demostrar ya que sería muy complicado para un tercero determinar lo que el deudor sabía verdaderamente o no; para estos supuestos hay que tener en cuenta que la Convención de UNIDROIT permite la aplicación de la normativa interna del concreto Estado en esta materia y por ende en este ámbito la Convención de UNIDROIT no tendrá preferencia sobre el derecho interno⁸³.

La notificación deberá realizarse por escrito en un idioma previsible para el deudor, de igual forma deberá identificar en la forma más razonable posible los créditos cedidos así como la figura jurídica del cesionario⁸⁴. Como ya hemos analizado en el apartado anterior, en la práctica puede suceder que el deudor reciba varias notificaciones o múltiples instrucciones de pago en relación con una misma cesión. El artículo 17

⁸² *Ibidem*. Artículos 17.1 y 17.2. Se entiende que una vez realizada la notificación el deudor sólo quedará liberado del pago cuando lo realice a favor del cesionario; con independencia de que el deudor tuviera conocimiento de la existencia de otra cesión con un derecho de prelación, se entiende que en estos casos sería muy gravoso para el deudor tener que comprobar constantemente quién tiene prioridad en el cobro. De igual forma LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., p. 1260-1262; como señala este autor la finalidad es proteger al deudor para que no realice el pago a favor de un sujeto que ya no es su acreedor. Sin embargo hay que tener en cuenta que no nos encontramos ante “una mera facultad de liberarse el deudor pagando al cesionario, lo que podrá hacer pensar en que conservaba la opción de pagar al cedente”. Igualmente Vid. BAZINAS SPIROS, V., “UNCITRAL’s contributions to the unification of receivables...”, op. cit., pp. 8-9; ID., “Key Policy Issues of the United Nations Convention...”, op. cit., pp.290-294 ; ID., “An international legal regime for receivables financing...”, op. cit., 339-345; ID., “Lowering the Cost of Credit...”, op. cit., pp. 278-283; ID., “Le projet de Convention de la CNUDCI sur la cession de créances à des fins de financement”, *Revue de droit Bancaire et de la Bourse*, N° 75, septembre-octobre, 1999, p. 173. Así como B. CARSELLA, Michael., “UNCITRAL: “First step in the globalisation...”, op. cit., pp. 116-118.

⁸³ *Ibidem*

⁸⁴ Vid. Artículo 16. De igual forma SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 164. De igual forma LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., p. 1261; el citado autor utilizar el término “aviso”, “que tiene que ser escrito e identificar razonablemente los créditos cedidos y la persona a la que, o a cuya cuenta, el deudor ha de pagar”.

resuelve los problemas en sus apartados 3 a 5. En el artículo 17.3 se indica que si el deudor recibe notificaciones o instrucciones de pago sucesivas en relación con una única cesión y un único crédito, realizadas por el mismo cedente, el deudor quedará liberado de su obligación cuando realice el pago de conformidad con las últimas instrucciones recibidas (artículo 17.3); sin embargo, si al deudor se le hubiera notificado más de una cesión por el mismo cedente y en relación a unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación si realiza el pago de conformidad con la primera notificación (art. 17.4) Lo contrario sucedería cuando le hubieran sido notificadas varias cesiones subsiguientes, en este caso sólo quedará liberado cuando realice el pago sobre la base de la última notificación de las cesiones (art. 17.5)⁸⁵

Cuando el deudor reciba una o varias notificaciones de la cesión, en relación con una parte de uno o más créditos o un derecho indiviso sobre esos créditos, podrá elegir entre quedar liberado de su obligación pagando de conformidad con las instrucciones de pago recibidas en la notificación, o realizar el pago de conformidad con las estipulaciones indicadas en la Convención como si la notificación no hubiera sido realizada (art. 17.6) y por ello, realizar el pago de conformidad con el contrato originario. Si el deudor paga de conformidad con lo indicado en la notificación sólo quedará liberado de su obligación en relación con la parte o el derecho indiviso ya pagado⁸⁶. De nuevo en este apartado podemos comprobar como para la Convención de UNCITRAL es prioritaria la autonomía de la voluntad. Será el propio deudor el que determine si la cesión parcial tiene efectos y entonces se liberará o no de su obligación de realizar el pago; en este caso la solución vendrá establecida por las actuaciones de las partes y no por el articulado de la Convención. La finalidad de lo anterior estriba en garantizar nuevamente el principio de no empeoramiento de la posición jurídica del deudor por el hecho de la transmisión del crédito; en definitiva, con la postura mantenida en la Convención el deudor no verá agravada su situación por el hecho de tener que dividir su patrimonio; de igual forma evita nuevas responsabilidades por los posibles daños y perjuicios sufridos por el deudor a causa de esta cesión parcial de créditos. En conclusión, la Convención no invalida las cesiones parciales de créditos, sin embargo “aconseja” a las partes, en nuestro caso cedente y cesionario, para que tanto

⁸⁵ *Ibidem*, p. 165.

⁸⁶ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.195; así como SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 165.

en el contrato originario como en el contrato de cesión tengan la certeza de que el deudor va a aceptar las cesiones parciales; de lo contrario no podrían obligar al deudor a realizar pagos parciales y tendrán que buscar otras alternativas de pago⁸⁷.

Uno de los principales requisitos que garantizar la protección del deudor es el principio de prueba suficiente, se entiende que en caso de notificación de la cesión por parte del cesionario y para los supuestos en los que el deudor tenga dudas de la autorización dada por el cedente, el artículo 17.7 faculta al deudor para que solicite una prueba suficiente de la cesión⁸⁸. Si el deudor no hubiera obtenido la prueba suficiente en un plazo de tiempo razonable, quedará liberado de su obligación realizando el pago según lo dispuesto en el contrato originario. Todo lo anterior será aplicado sin perjuicio de cualquier otro derecho que el deudor pudiera tener de conformidad con la ley⁸⁹.

El problema se plantea en este punto por el hecho de que la Convención contiene una laguna, al no regular lo que el deudor debería hacer para evitar el incumplimiento de su obligación de pago y por ende para no tener que responder de los correspondientes daños y perjuicios o en su caso intereses, en el supuesto en el que la deuda debiera saldarse durante el periodo de tiempo en el que está esperando la prueba suficiente de la cesión del crédito. Todo dependerá del concreto caso con el que nos encontremos, lo más apropiado en estos supuestos será aplicar el artículo 18.8 donde se indica que el deudor tendrá diferentes opciones: ingresar la cantidad debida en una cuenta bloqueada, o bien ingresarla en una caja pública de depósitos o depositarla en su caso ante un tribunal. Para los supuestos en los que las opciones anteriores no sean posible lo más lógico sería suspender el cumplimiento de la obligación⁹⁰.

⁸⁷ *Ibidem*, entre las alternativas de pago destacables se encuentran las enunciadas en el artículo 24.2.

⁸⁸ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 52. A semejanza del artículo 11:303.2 PECL.

⁸⁹ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.195; así como SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 166. Compartimos la opinión de este sector doctrinal al entender que por prueba suficiente bastaría cualquier documento que acreditara la cesión como pudiera ser: “cualquier escrito que lleve la firma del cedente en el que se indique que la cesión ha tenido lugar, como pudiera ser el contrato de cesión o una autorización que faculte al cesionario para dar la notificación”.

⁹⁰ *Ibidem*. Entendemos que el supuesto anterior no presenta mayores problemas puesto que, el cesionario será el más interesado en que el deudor cumpla con su obligación de pago; y para ello le aportará en la mayor celeridad posible cualquier documento que acredite la transferencia.

El deudor también quedará protegido pudiendo oponer excepciones y derechos de compensación. A semejanza de lo que ocurre con otros instrumentos internacionales⁹¹; la Convención de UNCITRAL tiene entre sus principales principios la posibilidad del deudor de oponer al cesionario todas las excepciones y los derechos de compensación que tuviera en relación con el cedente. Los derechos de compensación que podrá oponer el deudor serán todos aquellos que deriven tanto del contrato originario como de alguna otra práctica conexas con independencia de que sólo pueda invocarse después de la notificación realizada al deudor⁹².

No obstante lo anterior, el artículo 18.2 indica el deudor no podrá oponer al cesionario los derechos de compensación que deriven de otros contratos no relacionados con el contrato originario y que el deudor sólo pueda oponer después de la notificación; ya que tras la notificación el deudor sabe que sólo quedará liberado del cumplimiento de la obligación si realiza el pago en favor del cesionario, y por ello que el cedente se convertirá en un sujeto “ajeno” a la relación jurídica. La Convención no recoge ningún otro tipo de regla jurídica en relación con otros tipos de compensación⁹³.

El deudor no podrá oponer al cesionario las excepciones y derechos de compensación que tenga en relación con el cedente por haber incumplido un acuerdo de intransferibilidad según se deduce del artículo 18.3. Esta restricción tiene sentido con el análisis del artículo 9 ya que, si las partes realizan una transmisión de un crédito a pesar de la existencia de un acuerdo de intransmisibilidad, dicha cesión podría ser válida de cara al cedente y al deudor pero no de cara al cesionario⁹⁴.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 196 y 166 respectivamente. Nuevamente podemos comprobar el paralelismo entre los diferentes instrumentos internacionales, ya que también el artículo 9 del Convenio de UNIDROIT sobre Facturaje Internacional realizado en Ottawa en 1988 (objeto de estudio en el siguiente capítulo) recoge el mismo principio. Como señalan los autores anteriores: “La Convención codifica las normas generalmente aceptadas”.

⁹² BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.196. Según este autor el deudor sólo podrá invocar el derecho a oponer “(cuando el derecho debe ser cuantificado, la deuda sea debida o sea pagadera) se interpretará de acuerdo con el derecho que rija el contrato originario, si el derecho de compensación se deriva del contrato originario (art. 29).” SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp. 166-167; como afirma este autor la “Convención deja la determinación del momento en que un derecho o excepción es invocable u oponible a la norma de derecho interno aplicable al margen de la Convención; LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional...”, op. cit., p. 1262. Todo lo anterior se deduce igualmente de la lectura del artículo 18 apartado primero.

⁹³ *Ibidem*

⁹⁴ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.196.

Una vez aclarada la posibilidad que tienen las partes de oponer excepciones, es importante explicar que en la práctica puede suceder el efecto contrario, es decir que las partes (en nuestro caso cedente y deudor) pacten en el contrato una renuncia a oponer excepciones. Esa renuncia sólo tendrá cabida a cambio de una ventaja o contrapartida⁹⁵.

La Convención exige determinados requisitos para que la renuncia a oponer excepciones sea válida (art. 19.1). De nuevo en este caso se trata de garantizar la máxima protección posible del deudor, ya que se exige que la renuncia y en su caso la posible modificación, consten por escrito y firmada por el, así se está intentando evitar que el deudor renuncie derivado de algún tipo de presión por parte del cedente. El artículo 19 en su apartado segundo indica que no se podrá admitir como válida cualquier renuncia de toda compensación cuando tenga origen en un acto fraudulento imputable al cesionario o si se basara en la incapacidad del deudor⁹⁶. Por el contrario, sí podrá renunciar al derecho de oponer excepciones o derechos de compensación por actos fraudulentos realizados por el cedente. De igual forma debemos prestar especial atención al hecho de que la Convención no establece ningún límite a los acuerdos celebrados entre el deudor y el cesionario en virtud de los cuales el deudor podrá renunciar a oponer excepciones o cualquier otro derecho de compensación⁹⁷.

La última opción permitida al deudor con la finalidad de conseguir su máxima protección es la posibilidad de modificación de su contrato originario. En muchas ocasiones las necesidades del tráfico jurídico conllevan ciertas modificaciones en el contrato originario; las partes regularán los efectos de la citada modificación, sin embargo los efectos que la modificación tenga en relación con terceros quedarán determinados por las disposiciones contenidas en el artículo 20 de la Convención⁹⁸.

⁹⁵ *Ibidem*. Entre las ventajas más comunes estaría la posibilidad del deudor de ampliar el plazo para realizar el pago, un incremento del crédito o una reducción de la deuda...

⁹⁶ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.197; SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 167; este último autor habla de “acto fraudulento imputable al cedente...” entendemos que es un simple error de redacción ya que el artículo 19.2 en su apartado a) indica que “el deudor no podrá oponer excepciones: Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario, b) ni basadas en su propia incapacidad”.

⁹⁷ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.197.

⁹⁸ En este caso estamos haciendo referencia al supuesto en el que el deudor puede realizar el pago en función de las nuevas estipulaciones del crédito modificado y por lo tanto si el cesionario puede reclamar al deudor el pago del crédito modificado.

Las modificaciones del contrato originario sólo serán vinculantes para el cesionario siempre y cuando el deudor todavía no haya sido notificado (art. 20.1) Una vez producida la notificación, las modificaciones del contrato originario sólo tendrán eficacia con el consentimiento expreso o tácito del cesionario (art. 20.2). La Convención no cambia el régimen de responsabilidad del cedente frente al cesionario, en virtud del derecho aplicable al margen de la Convención por incumplir el acuerdo pactado con el cesionario de no modificación del contrato originario (art. 20.3)⁹⁹

Debemos finalizar el estudio de este apartado con la posibilidad de reintegro de la suma pagada por parte del deudor. El artículo 21 indica que el incumplimiento del cedente del contrato originario no implicará que el deudor pueda recuperar del cesionario la suma pagada al cedente o al cesionario¹⁰⁰.

6. Los derechos de terceros frente al cesionario

La Convención de UNCITRAL a semejanza de la regulación establecida en los PECL y en el MCR recoge unas normas jurídicas concretas para regular los supuestos de prelación entre reclamantes¹⁰¹, al contrario de lo que sucede con el Convenio de UNIDROIT¹⁰². El principal escollo con el que nos encontramos en este momento es que la regla que reconoce el sistema de prelación entre las diferentes partes intervinientes es una norma de Derecho Internacional Privado, así se desprende de la lectura del artículo 22. Lo anterior viene derivado del hecho de que no pudo conseguirse una uniformidad en este sentido en las reuniones y en los Grupos de trabajo encargados de la elaboración del texto¹⁰³. Se entenderá que el cesionario tiene prioridad frente a cualquier otro

⁹⁹ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.197; SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 168.

¹⁰⁰ Comparte nuestra opinión: SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 168.

¹⁰¹ Como ya hemos explicado anteriormente en el capítulo III, en ambos instrumentos legales se consolida la opción de que la primera notificación es la que tiene prioridad. En defecto de notificación tendrá preferencia el primero en el tiempo, se cumpliría en ese caso la regla “*prior tempore, potior in jure*”. Los PECL regulan la cuestión dentro del Artículo 11:401. Por otro lado en relación con los MCR podemos encontrarlas dentro de la *Subsection 6: Priority rules*: III.-5:121 y III.- 5:122.

¹⁰² De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 53.

¹⁰³ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.197; ID., “UNCITRAL’s contributions to the unification of receivables...”, op. cit., pp. 9-10: “The main rule of Convention dealing with priority among competing claims is a private international law rule (Article 22). This reflects the fact that states were not prepared to agree on a substantive law priority rule (ie first to conclude the contract os

reclamante tras la aplicación de la Ley del Estado en la que esté situado el cedente y en el caso de poseer varios establecimientos, se aplicará la Ley del lugar donde ejerza la administración central de sus negocios¹⁰⁴.

Al aplicar la Ley del Estado de administración central del cedente estamos favoreciendo la aplicación de una Ley altamente previsible para las partes; se solventan así los grandes problemas que tradicionalmente existían de cara a determinación del derecho aplicable a un contrato internacional de créditos en caso de concurrencia de varios sujetos reclamantes. Un ejemplo de la problemática anterior lo encontrábamos con el artículo 12 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a

assignment, first to notify the debtor, or first to file a notice about the assignment in a public filing office). The value in this rule is in the fact that, deviating from traditional approaches, centralises all priority conflicts to the law of the assignor's localisation..."; ID., "Key Policy Issues of the United Nations Convention...", op. cit., pp. ; ID., "An international legal regime for receivables financing...", op. cit., pp. 345-353; ID., "Lowering the Cost of Credit...", op. cit., pp. 283-28. ID., "Le projet de Convention de la CNUDCI...", op. cit., pp.173-174; De igual forma: GARCÍA MANDALONIZ, Marta., "La cesión de créditos en el comercio internacional...", op. cit., p. 53. "Por lo que hace al articulado, debido a la falta de consenso en las reuniones y trabajos previos, derivada del amplio abanico de reglas existentes en los Ordenamientos jurídicos nacionales, la posibilidad de asentar una solución sustantiva uniforme tuvo que ser obviada. En su lugar, se abordó a través de un sistema de Derecho internacional privado de los conflictos de leyes"; OSBORNE, Ignacio., "Proyecto de convención internacional...", op. cit., pp. 1262-6263. Como señalan estos autores es una verdadera pena que a pesar del laborioso y largo periodo de trabajo no se hubiera podido alcanzar la unanimidad en una cuestión tan importante. Las soluciones a seguir hubieran sido tan sencillas como las siguientes: el primer sujeto que celebrara el contrato de cesión debería tener preferencia sobre el resto; o en su caso el primero en realizar la notificación debería tener preferencia sobre el resto. En última instancia se podría haber previsto que el primero en escribir la notificación de la cesión en el registro tuviera preferencia sobre los demás. En vez de recurrir a los criterios anteriores desgraciadamente se suple la cuestión acudiendo a las normas de Derecho internacional privado.

¹⁰⁴ Como ya hemos explicado anteriormente en el capítulo III, en ambos instrumentos legales se consolida la opción de que la primera notificación es la que tiene prioridad. En defecto de notificación tendrá preferencia el primero en el tiempo, se cumpliría en ese caso la regla "*prior tempore, potior in jure*". Los PECL regulan la cuestión dentro del Artículo 11:401. Por otro lado en relación con los MCR podemos encontrarlas dentro de la *Subsection 6:Priority rules*: III.-5:121 y III.- 5:122.

Nos encontramos con un reenvío, puesto que el Convenio para solventar una laguna nos reenvía a la Ley de un Estado, la ley del lugar del establecimiento del cedente, en este caso sería un reenvío de primer grado; por el contrario si el cedente tuviera establecimientos en varios estados podríamos encontrarnos ante un reenvío de segundo grado puesto que tendríamos que buscar entre todos los establecimientos cual es el lugar donde tiene su administración central. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. MORÁN BOVIO, David., "La internacionalidad en la cesión de créditos...", op. cit., pp.31-36; GARCÍA MANDALONIZ, Marta., "La cesión de créditos en el comercio internacional...", op. cit., p.53; BAZINAS SPIROS, V., "La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...", op. cit., pp. 197 y ss. Para un estudio en mayor profundidad Vid. WALSH, Catherine., "Receivables Financing an the Conflict of Laws: The UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in international Trade", *Dickinson Law Review*, vol. 106:1, 2001, pp. 159-188. En el citado texto se establece un apartado específico para los Estados federales con especial referencia a EEUU. Igualmente Vid. SIGMAN, Harry C., and SMITH Edwin E., "The Draft UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade...", op. it., pp. 352-355.

las obligaciones contractuales¹⁰⁵; hoy en día tendría su correlación en el artículo 14 del Reglamento Roma I. En ambos artículos -como ya hemos explicado en el capítulo referido a la Ley aplicable- se regula la Ley aplicable a los supuestos de cesión de créditos y en último caso (en el Reglamento Roma I) también se regulan los supuestos de subrogación convencional. Podemos entender que los citados artículos en cierto modo podrían ser aplicados a los supuestos de prelación¹⁰⁶, sin embargo ninguno de los criterios que establecía el artículo 12 del Convenio de Roma así como el artículo 14 del Reglamento Roma I (la Ley elegida por las partes o la Ley del crédito cedido) serán válidos para regular los supuestos cada vez más comunes de la práctica internacional de cesiones globales de créditos con independencia de que sean presentes o futuros; puesto que la aplicación de la Ley elegida por las partes puede conllevar la aplicación de múltiples leyes y en todo caso la aplicación de una Ley poco previsible para ese tercero interviniente puesto que le sería aplicada una Ley que él no ha elegido. Lo mismo sucedería con la aplicación de la Ley del crédito cedido, en este último caso dicha elección se vería agravada por el hecho de que las partes no podrían determinar la Ley aplicable en el mismo momento de realizarse la cesión¹⁰⁷.

Todas las cuestiones anteriores quedan solventadas utilizando el punto de conexión de la Ley del Estado en la que se encuentre la administración central del cedente. Puesto que como ya hemos indicado anteriormente, será una Ley fácilmente previsible para las partes y en última instancia será una Ley que facilite la ejecución de la posible sentencia

¹⁰⁵ Vid. Convenio 80/934/CEE. DO L 266 de 9.10.1980. Entró en vigor el 1.04.1991. El citado Convenio como ya hemos explicado en un capítulo anterior fue sustituido por el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DO L 177 de 4.7.2008, cuyo artículo 28 previó su entrada en vigor a todos los contratos celebrados con posterioridad al 17 de diciembre de 2009.

¹⁰⁶ De forma coincidente con nuestro planteamiento BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.198: “No está claro si el artículo 12 rige o no las cuestiones de prelación. A juzgar por los trabajos preparatorios, por la letra y el espíritu del artículo 12 y por el Convenio de Roma en su conjunto, y según se desprende también de la extensa doctrina al respecto, el artículo 12 no rige esas cuestiones. No obstante, en la doctrina y en la jurisprudencia se defiende también la opinión contraria”. Vid de forma más concreta la nota al pie número 17.

¹⁰⁷ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.198. Igualmente SIGMAN, Harry C., and SMITH Edwin E., “The Draft UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade...”, op. cit., p. 348. Los citados autores utilizan el término “Bulk assignments”: “The Convention validates assignments of receivables in bulk; i.e., the Convention does not require each receivable to be identified individually. General description of receivables in an assignment are effective so long as the receivables are described in such a way as to be identifiable to the assignment”. En relación con los créditos futuros y con las cesiones parciales de créditos, los mismo autores en la p. 349 indican que: “The Convention permits assignment of future receivables by means of a present assignment”. Igualmente: “The Convention permits partial assignments of receivables. It also permits the assignment of an undivided interest in receivables, e.g., a percentage interest in a pool of receivables”.

en caso de litigio; ya que nos encontraremos con un lugar donde se encuentran la mayoría de los bienes del cedente, por consiguiente será el lugar donde se lleve a cabo el proceso judicial en caso de que exista un procedimiento en donde el cedente se declare insolvente¹⁰⁸.

Todo lo anterior nos sirve para extraer la siguiente conclusión: los problemas de prelación entre reclamantes, así como los problemas que pudieran existir en caso de insolvencia del cedente serán resueltos por la aplicación de la misma Ley: Ley del estado en el que esté situado el cedente y en caso de que tuviera establecimientos en diferentes lugares se aplicará la Ley del lugar donde tenga su administración central. Lo mismo sucederá para los supuestos en los que exista un procedimiento secundario de insolvencia, es decir que se plantee el procedimiento ante un Estado donde el deudor tenga ciertos bienes, en este supuesto se entenderá también que en orden a las reglas de prelación se aplicará la Ley del Estado donde el cedente tenga su administración central, quedando a salvo las reglas imperativas o de orden público de ese concreto Estado¹⁰⁹.

Las reglas de prelación contenidas en el artículo 22 se complementan con otras reglas potestativas (son regímenes substantivos y facultativos) para los Estados contenidas en el artículo 42 y en el anexo del citado texto internacional. Las citadas reglas tienen como finalidad servir como modelo o como base de cara a una posible modificación o modernización de los respectivos derechos internos de los Estados miembros de la Convención en relación con los derechos de prelación¹¹⁰. El Anexo de

¹⁰⁸ *Ibidem*

¹⁰⁹ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.198.

¹¹⁰ *Ibidem*; de igual forma Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.53. De igual forma Vid. BAZINAS SPIRO, V., “Key Policy Issues of the United Nations Convention...”, op. cit., pp.297-300, concretamente en la p. 300 el citado autor indica que: “The Convention refers issues of priority to the law of the assignor’s localitation”. The value in this rule is that it may apply because of the absence of a territorial connection between an assignment and a State party to the Convention”; ID., “An international legal regime for receivables financing...”, op. cit., pp. 353-357; concretamente en la p. 354 the Legal Officer establece que: “The Working Group has not yet reached a decision as to the scope or the purpose of the conflict-of-laws provisions contained in the draft Convention. Such rules could function as a basis for the draft Convention although the application of the application of the draft Convention by virtue of conflict-of-laws rules has been eliminated as a possibility in Article 1 of the draft Convention...”; ID., “Lowering the Cost of Credit...”, op. cit., pp.287-289, concretamente en la p. 288 se indica que: “Because the Convention leaves a number of issues to outside law, the Conventions contains a number of conflict-of-laws rules in chapter V. These provisions are intended to apply to assignments with an international element under the Convention, irrespective of whether the assignor or the debtor is located in a Contracting State. As a result, the provisions of the chapter V may apply to transactions falling within the scope of the material law provisions of the Convention and to transactions falling outside the scope of those provisions (since no territorial

la Convención establece 3 modelos diferentes de cara al régimen de prelación. El primer modelo se encuentra regulado en la Sección I, en este caso el régimen de prelación entre varios cesionarios se solventa con la inscripción registral del contrato de cesión; la prelación dependerá del orden en que se hayan inscrito los datos de la cesión de conformidad con lo establecido en la Sección II del presente Anexo con independencia de la fecha de transferencia del crédito¹¹¹. La Sección II indica que podrá crearse al efecto un registro del contrato de cesión con independencia de que la cesión o el crédito no sean internacionales. El segundo régimen de prelación es el basado en la fecha del contrato cesión, está regulado en la Sección III y establece que la prioridad de un cesionario frente a otros sujetos dependerá del orden de celebración de los contratos de cesión¹¹². El tercer y último régimen de prelación se encuentra desarrollado en la Sección IV; dicho régimen se basa en la fecha de notificación del contrato de cesión, todo dependerá del orden en el que el deudor haya recibido la notificación de la cesión¹¹³.

Sin embargo, todo lo anterior nos lleva a extraer la siguiente conclusión: Todas las reglas de prelación establecidas en la Convención, al ser facultativas sólo servirán como modelo o guía para aquellos Estados cuyos ordenamientos jurídicos tengan sus propias reglas de prelación y por ende sirvan de complemento a esas reglas. Como por desgracia no puedo llegarse a un acuerdo en este ámbito entre los Estados firmantes del instrumento internacional la propia Convención otorga a los Estados la posibilidad de elección entre esos tres modelos, en caso de duda lo más lógico será aplicar el modelo que en mayor medida favorezca el contrato de cesión de créditos y por lo tanto el comercio internacional¹¹⁴.

Por otra parte, podemos afirmar que en líneas generales el artículo 42 establece la posibilidad que tienen los Estados de realizar una declaración de vinculación al régimen

connection is needed for the application of chapter V). Where the provisions of chapter V apply to transactions that are within the scope of the material law provisions of the Convention, the apply only to matters not settled in the other provisions of the Convention. States that already have adequate conflict-of-laws rules on assignment have the right to opt out of chapter V”.

¹¹¹ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 54. BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.201.

¹¹² *Ibidem*

¹¹³ *Ibidem*

¹¹⁴ *Ibidem*

de prelación basado en la inscripción de la Sección I del Anexo y en todo caso podrán participar del sistema de registro internacional de conformidad con la Sección II del Anexo. El apartado tercero del citado artículo contempla la posibilidad de que cualquier Estado que hubiera realizado la declaración podrá establecer normas propias por las que deban regirse los contratos de cesión celebrados antes de su declaración, siempre y cuando hubiera transcurrido un plazo razonable. De otro lado el apartado 5 indica que un Estado que haya hecho la declaración de conformidad con el apartado 1, posteriormente tendrá la posibilidad de declarar la no aplicación del régimen de prelación en relación con ciertos tipos de créditos o sobre la base de ciertos tipos de cesiones; igualmente ese Estado podrá aplicar ese régimen de prelación con las correspondientes modificaciones establecidas en la declaración¹¹⁵.

A lo largo de todas las páginas anteriores, hemos estado haciendo referencia a los posibles problemas que pudiera plantear la prelación, pero no hemos hecho referencia al concepto en sí mismo, el término se encuentra definido en el artículo 5 apartado g del texto internacional. La Convención lo define como el derecho del que goza una persona frente a otra, es decir “derecho de preferencia relativa¹¹⁶”. Para poder determinar esa preferencia la Convención estipula que la prelación vendrá determinada por el hecho de que el derecho sea personal o real, de si nos encontramos ante un derecho de garantía de una deuda u otra obligación y por lo tanto, si se han cumplido todos los mecanismos necesarios para dotar de eficacia a ese derecho en oposición a otra parte reclamante¹¹⁷.

La Convención también define en el artículo 5 lo que deba entenderse por “otra parte reclamante”, concretamente en su apartado m). Dentro de este concepto tendrán cabida los otros cesionarios, con independencia de que nos encontremos ante un crédito nacional y la cesión realizada a este cesionario tampoco sea internacional. También

¹¹⁵ Vid. Artículo 42 de la Convención de UNCITRAL.

¹¹⁶ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.199

¹¹⁷ *Ibidem*. Como afirma este autor el término de eficacia no viene determinado por ninguna disposición de la Convención, puesto que el propio artículo 22 excluye expresamente la regulación de estas cuestiones por la Convención de UNCITRAL. El término aportado por la Convención sería el más apropiado y por lo tanto no presentaría mayores problemas en aquellos ordenamientos donde no se establece una distinción entre eficacia del contrato entre las partes y eficacia del contrato frente a los terceros. La misma definición también tendría cabida en relación con los ordenamientos jurídicos en los que sí existe la distinción, en este caso la aplicación de la misma deriva del hecho de que para que la cesión será eficaz frente a terceros cuando sea eficaz en relación con las partes, es decir cedente y cesionario.

tendrá cabida dentro del concepto los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia, es decir el administrador del cedente¹¹⁸.

Sin embargo, esas reglas de prelación tendrán que ir en consonancia con las normas de derecho internacional y más concretamente con las normas de orden público del tribunal del foro; luego las reglas de prelación no serán aplicables cuando en el caso concreto se produzca una vulneración manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro. El artículo 23 de la Convención de UNCITRAL es el encargado de regular las reglas de orden público o normas imperativas. Las reglas de orden público o normas imperativas son aquellas normas imprescindibles para la supervivencia de cualquier Estado y como tales son normas muy específicas y en su caso deberán ser interpretadas de forma muy restrictiva. En el apartado primero se indica que no se aplicará la Ley del Estado donde esté situado el cedente cuando sea manifiestamente contrario al orden público del Estado del foro. La contrariedad debe ser manifiesta, en definitiva visible para una persona media, la vulneración debe ser por ello muy importante¹¹⁹.

No obstante lo anterior y una vez descartada la regla de prelación que no puede aplicarse por resultar manifiestamente contraria al orden público del tribunal del foro, podrán se aplicadas el resto de reglas de prelación para ese caso concreto, lo anterior se deduce de la lectura del artículo 22 apartado segundo, donde se establece que con independencia del derecho que resulte aplicable, las normas imperativas del Estado del foro o incluso de cualquier otro Estado no podrán impedir que sea aplicable al supuesto concreto la Ley del Estado de situación del cedente.

Por otra parte, el apartado tercero es el encargado de regular los procedimientos de insolvencia desarrollados en un Estado diferente al del lugar de situación del cedente, en estos casos se entenderá que cualquier derecho “preferente” reconocido por la Ley del lugar del tribunal que está conociendo del asunto (tribunal del foro), cuya prioridad sobre cualquier derecho del cesionario hubiera sido acordada de acuerdo con otro procedimiento de insolvencia de ese Estado, podrá tener prioridad frente a lo dispuesto

¹¹⁸ *Ibidem*

¹¹⁹ *Ibidem*. De especial importancia en este ámbito es la “Guía para la incorporación al derecho interno de las disposiciones modelo de la CNUDMI para la insolvencia transfronteriza”, párr. 89 en *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXVIII, 1997; en línea <http://www.uncitral.org> (última visualización septiembre 2015)

en el artículo 22. Para evitar cualquier problema en este ámbito, la propia Convención prevé como parte final de este apartado que cualquier Estado miembro pueda depositar en cualquier momento una lista de lo que deba entenderse por derechos preferentes¹²⁰.

Todo lo anterior nos lleva a extraer el siguiente planteamiento: la Convención en relación con la figura jurídica de la prelación, adopta una postura innovadora al no permitir que las reglas de prelación contenidas en el derecho del Estado del foro inapliquen o en su caso sustituyan a las reglas de prelación de derecho aplicable contenidas en la Convención de UNCITRAL. Lo anterior provocaría un desconocimiento del derecho aplicable y por ende inseguridad para las partes, una vez más la consecuencia de lo anterior supondría una reducción de las transacciones internacionales, una minoración en las cesiones del crédito así como un aumento del coste de las actividades comerciales en el ámbito internacional¹²¹.

No podemos terminar el estudio del derecho de prelación sin explicar la problemática que encierra la falta de regulación de la Ley aplicable a la prelación sobre el producto. Nuevamente nos encontramos con una laguna que debería haber sido resuelta por la Convención derivado del hecho de la gran disparidad existente en las legislaciones de los diferentes Estados. La Convención no regula de forma general la Ley aplicable a la prelación del producto, tampoco remite su regulación a una norma de Derecho Internacional Privado; solamente establece una regulación especial contenida en el artículo 24 de la Convención de UNCITRAL en virtud de la cual la prelación sobre el crédito puede implicar la prelación sobre el producto. En el apartado primero se indica que si el cesionario ha recibido el producto del crédito cedido sólo podrá conservarlo en la medida en que su derecho sobre el crédito sea preferente a los derechos del resto de los reclamantes. El apartado segundo indica que para el supuesto de que sea el cedente el que reciba el producto del crédito cedido, el derecho del cesionario en relación con ese producto prevalecerá sobre el resto de los derechos de los demás reclamantes en la medida en el que el derecho del cesionario goce de prioridad, siempre y cuando el cedente hubiera recibido el producto con las instrucciones de

¹²⁰ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p. 200. Compartimos la opinión del citado autor el cuál indica que “La única excepción es de las reglas del Estado del foro relativas a los créditos privilegiados como, por ejemplo, las reglas favorables al Estado en lo que respecta a la recaudación de impuestos y al pago de los sueldos, que pueden desplazar a las reglas de prelación aplicables”.

¹²¹ *Ibidem*

conservación del cesionario o cuando el cedente conservara el producto por cuenta del cesionario de forma separada y por lo tanto se pudiera distinguir de los bienes del cedente. En este último caso el artículo se refiere a “una cuenta de depósito o de valores independiente exclusivamente reservada al producto en metálico o en valores¹²²”.

No obstante lo anterior, el apartado 3 del artículo 24 indica que el apartado 2 no tendrá aplicación práctica en los supuestos en los que exista una prelación en relación con el producto, en virtud de un derecho de compensación o por un derecho derivado de un acuerdo entre las partes y que no sea consecuencia de un derecho sobre el crédito.

Podemos entender que en líneas generales el artículo está destinado a los supuestos en los que el cedente recibe el pago del deudor siendo un pago fácilmente identificable, como señala el artículo, esto será así cuando el pago se realice a través de “una cuenta de depósito o de valores separada”. La finalidad del artículo 24 vendrá determinada por el hecho de asegurar que el cesionario pueda tener derecho al producto en ciertas prácticas más o menos complicadas como son las actuaciones en los mercados bursátiles y los descuentos de facturas. “Es posible que esta cláusula que obliga a mantener aparte la suma adeudada posibilite la financiación por cesión de créditos en países en que esa financiación no sea posible al no estar reconocidos los derechos reales sobre el producto¹²³”.

7. La normativa de Derecho Internacional Privado y su relación con el Reglamento Roma I

Al hablar de la normativa de Derecho Internacional Privado estamos haciendo referencia al Capítulo V de la Convención de UNCITRAL. Dicho Capítulo regula las “normas autónomas sobre conflictos de leyes”; de la lectura del artículo 39 se desprende que cualquier Estado contratante puede declarar en cualquier momento su no vinculación con el citado Capítulo, y por ello podrá ser objeto de reserva por los Estados contratantes¹²⁴. En el Capítulo V se recogen un conjunto de normas de Derecho

¹²² Artículo 24. 2 apartado b) de la Convención.

¹²³ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.200.

¹²⁴ Artículo 39 de la Convención de Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el Comercio internacional, concretamente p. 18. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. BAZINAS

Internacional Privado que serán aplicables tanto a las cesiones de créditos cubiertas por la Convención como aquellos supuestos en los que el Estado del foro (del tribunal que conoce del asunto) pertenezca a un tribunal de un Estado contratante con independencia de que el cedente o el deudor se encuentren en un Estado no miembro de la Convención. También se aplicarán las citadas disposiciones con independencia de que la Ley aplicable al crédito objeto de cesión no sea la Ley de un Estado parte (artículos 1.3 y 2.6)¹²⁵. Por lo tanto podemos concluir que estas normas tienen una doble finalidad: en primer lugar y en relación a cuestiones cubiertas por la Convención que no estén expresamente resueltas en el articulado (que no sean las del Capítulo V) podrán servir como solución a las lagunas presentes en la Convención (art. 7.2); y por otro lado para el supuesto en el que no se aplique la normativa de la Convención y sí las disposiciones del Capítulo V “(al no existir un vínculo territorial con un Estado contratante); esas reglas hacen las veces de una “pequeña convención de derecho internacional privado”¹²⁶. A grandes rasgos podemos afirmar que nos encontramos ante un “mini-código” o “mini-convenio” independiente del resto de las disposiciones contenidas en el

SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.202, como afirma este autor “Esta reserva se permitió para evitar que los Estados que desearan aprobar la Convención se abstuvieran de hacerlo sólo porque las reglas independientes de derecho internacional privado no se ajustaban a las reglas pertinentes de sus ordenamiento jurídicos. No obstante, cabe señalar que se procuró en lo posible evitar este tipo de incoherencias ente el texto de la Convención y, por ejemplo, en el Convenio de Roma”. ID., *Lowering the Cost of Credit...*, op. cit., pp. 289-292.; ID., “Le projet de Convention de la CNUDCI...”, op. cit., p. 174; bajo la rúbrica “Effets sur d’autres lois”, el citado autor resuelve todos los conflictos existentes entre la Convención de UNIDROIT, con la Convención de Ottawa y con la antigua Convención de Roma, concretamente en la p. 174 indica que: “Les dispositions du projet de convention traitant des droits et obligations du débiteur ne modifient sa situation juridique que dans une mesure limitée. Quoi qu’il en soit, le débiteur est protégé par le mécanisme de notification et les tiers le sont par une règle de droit international privé soumettant les questions de priorité à la loi d’une juridiction unique et a priori déterminable...”. De igual forma: GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 54; REQUEJO ISIDRO, Marta., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 86-89; SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 168; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., HEREDIA CERVANTES, Iván., “La cesión de créditos...”, op. cit., pp. 973-974. En relación con este asunto debemos mencionar de nuevo que Luxemburgo al firmar el texto de la Convención realizó una declaración para no verse vinculado por las disposiciones contenidas en el Capítulo V, por entender que las diferentes Leyes aplicables en relación con el cedente cubrían aspectos demasiado extensos, suponiendo en ocasiones una contradicción en relación con las propias disposiciones contenidas en el antiguo Convenio de Roma hoy en día Reglamento Comunitario.

¹²⁵ *Ibidem*. Como hemos podido comprobar en las anteriores páginas, la Convención de UNCITRAL recurre a las reglas de Derecho Internacional Privado como medio para solventar varias posibilidades. En relación con el Capítulo V se recurre a estas reglas ya que fue imposible alcanzar un acuerdo, derivado del hecho de la disparidad de las legislaciones nacionales y en las que sin embargo sí existía un punto de conexión. Otro ejemplo relacionado con lo anterior lo encontramos en los artículos 22 y 23 del Convenio de UNCITRAL donde se regula la ley aplicable a los derechos de terceros y normas imperativas.

¹²⁶ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.202.

Convenio de UNCITRAL¹²⁷, es decir un “segundo nivel de unificación o una pequeña Convención de Derecho Internacional Privado, de aplicación independiente de los factores de conexión con un Estado parte en esta Convención”¹²⁸.

La problemática que suscita el capítulo es cuanto menos incontestable, puesto que “en algún momento se ha afirmado que sobrepasa el objetivo de completar el Convenio para convertirse en “una segunda posibilidad de armonización en lo que se refiere a las cuestiones regidas por la ley aplicable al margen del Convenio, incluso en el contexto de transacciones no contempladas por el Convenio”¹²⁹”.

El Capítulo V abarca los artículos 26 a 32, en ellos se regulan cuestiones muy dispares y en ocasiones podemos comprobar cierta proximidad con otro instrumento internacional; con el Reglamento Roma I. A continuación analizaremos brevemente el contenido del articulado así como las posibles similitudes con el texto comunitario.

Como hemos mencionado al comienzo de este apartado el artículo 26 regula el ámbito de aplicación. Por otro lado el artículo 27 se ocupa de todo lo relativo a la forma del contrato de cesión, se divide en dos apartados. El primer apartado está indicado para aquellos supuestos en los que el contrato se celebra entre personas que se encuentran situadas en el mismo Estado contratante, se entenderá que el contrato será válido de conformidad con la Ley del Estado que rija el mismo o de conformidad con la Ley del Estado del lugar de celebración del contrato. Por el contrario el apartado segundo recoge los supuestos en los que el contrato de cesión se realiza entre partes situadas en

¹²⁷ REQUEJO ISIDRO, Marta., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 87. Igualmente GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., HEREDIA CERVANTES, Iván., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 973.

¹²⁸ Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 55. De igual forma: MORÁN BOVIO, David., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 78. WALSH, Catherine, “Receivables Financing and the Conflicts of Laws...”, op. cit., pp. 165-167. La citada autora se refiere al Capítulo V bajo el concepto de “mini-convention”: (...) “Application of the more comprehensive <<mini-convention>> in Chapter V is likewise limited to assignments that satisfy the Convention’s criteria of <<internationality>>. However, the role of Chapter V varies depending on whether or not assignment falls within the direct scope of the Convention under the criteria just outlined” (...) “Chapter V plays only a supplementary or <<gap filling>> role. It operates to designate the law applicable to those matters for which the main body of the Convention does not supply a direct solution, either expressly or by appealing to the general principles on which it is based. (...) There is the independently applicable choice of law rule for priority in article 22 (...) Consequently, Chapter V will play only a limited role in the case of assignments within the direct scope of Convention”.

¹²⁹ REQUEJO ISIDRO, Marta., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 87.

diferentes Estados contratantes, el contrato será válido si se ajusta a los requisitos establecidos por la Ley que lo rige o si se ajusta a la ley de uno de esos dos Estados¹³⁰.

El artículo 28 es el encargado de establecer la Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario. Al igual que el artículo anterior se divide en dos apartados; en el apartado primero se indica que todos los derechos y obligaciones derivados del contrato entre el cedente y el cesionario se regirán por la Ley que éstos hayan elegido¹³¹. El apartado segundo sólo entrará en funcionamiento en defecto de elección de ley por parte de los contratantes, en este apartado se establece que los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario se regirán por la ley del Estado con la que el contrato esté “más estrechamente vinculado”. El artículo 28 de nuevo introduce la práctica más correcta a nuestro juicio de cara a determinar la Ley aplicable a un contrato internacional: La aplicación de la Ley elegida por las partes, de nuevo se intenta favorecer en primer lugar la autonomía de la voluntad, las partes elegirán la aplicación de una Ley altamente previsible para ellas, al anticiparse a los posibles conflictos existentes en el comercio internacional provocarán una minoración de los costes y así podrá producirse la tan ansiada “seguridad jurídica internacional” lo cual conllevará un aumento de las transacciones internacionales¹³². El artículo 28 en su apartado primero tendría relación directa con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento Roma I, en definitiva que el contrato se regirá por la Ley elegida por las partes. Por el contrario el artículo 28.2 tiene su reflejo en el artículo 4.4 del Reglamento

¹³⁰ Vid. Artículo 27 de la Convención de UNCITRAL concretamente p. 15; de igual forma BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.202.

¹³¹ Igualmente Vid. WALSH, Catherine, “Receivables Financing and the Conflicts of Laws...”, op. cit., p. 186: “The assignor and assignee are left free to choose the law governing the mutual rights and obligations arising from the agreement between them. In the absence of a choice, the applicable law is that of the State with the contract of assignment is most closely connected. This again reflects widely-shared views on the appropriate default formula”.

¹³² En este caso de nuevo podemos comprobar la gran relación existente entre los instrumentos internacionales y por lo tanto la gran semejanza y coordinación que existe en la práctica entre todos los instrumentos internacionales en esta materia con independencia de que sean a escala comunitaria, internacional o nacional. Con la Convención de UNCITRAL también se quiere favorecer la previsibilidad de la legislación aplicable a semejanza de lo que acontecía con el Reglamento Roma I. Como ya hemos podido comprobar en un capítulo anterior, se podía llegar a la misma conclusión en relación con la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales con el antiguo Reglamento 44/2001 actual Reglamento 1215/2012. En este caso igualmente se entiende que las partes con la elección de ley aplicable al contrato de cesión de crédito buscan que su contrato quede regulado por una Ley altamente previsible para ellas y por lo tanto beneficiosa para sus intereses. De ese modo, los tribunales aplicarán en su caso esa concreta Ley previsible y por ello, la decisión que adopten en la mayoría de los casos será favorecedora de sus intereses. Lo anterior provoca que se cree un sistema ágil y veloz de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Con todo este sistema se cierra el “círculo hermenéutico” y se llega a la consecuencia final: el fomento del comercio internacional.

Roma I, puesto que en ausencia de cláusula de elección de Ley en el contrato será aplicable la Ley del país con la que el contrato de cesión presente los vínculos más estrechos¹³³. Debemos tener en cuenta que la elección de Ley realizada por las partes deberá respetar los principios de orden público y las normas imperativas del tribunal del foro, es decir del tribunal que está conociendo del asunto. Lo mismo sucederá para el supuesto en el que las partes no hubieran realizado el ejercicio de su derecho de elección de ley, también deberán respetarse las normas imperativas y en su caso los principios de orden público considerados como esenciales por el ordenamiento jurídico del Estado más estrechamente vinculado con el contrato de cesión de créditos¹³⁴.

Compartimos la opinión de un importante sector doctrinal al entender que “las <<estrecheces>> de los vínculos no se presumen aquí¹³⁵” puesto que también el artículo 29 de la Convención de UNCITRAL tendrá su reflejo dentro del articulado del Reglamento Roma I. El artículo 29 determina la ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor. Se entiende que será la ley del contrato originario la que también determine los efectos de las limitaciones contractuales existentes entre el cesionario y el deudor, también regulará las relaciones entre el cesionario y el deudor; de igual forma determinará las condiciones en que podrá oponerse la cesión al deudor y en definitiva la cuestión de si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones. Este artículo se corresponde con el artículo 14.2 del Reglamento Roma I al establecer que la Ley que rige el crédito objeto de cesión o de subrogación (y por lo tanto la Ley que regule el contrato originario) será la encargada de regular su “transmisión o transferencia, las relaciones entre el cesionario o subrogado y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión o subrogación al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor”¹³⁶.

¹³³ De forma coincidente con nuestro planteamiento de similitudes entre el texto internacional y el texto comunitario Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 54. En relación con el estudio del articulado Vid. BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.202.

¹³⁴ Debemos recordar que el artículo 31 de la Convención de UNCITRAL es el encargado de regular las normas imperativas y el artículo 32 el orden público. En relación con este último supuesto se exige que la vulneración del orden público debe ser “manifiestamente contraria”. De igual forma Vid. BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.202.

¹³⁵ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 54.

¹³⁶ *Ibidem*

No obstante lo anterior y en relación con el artículo 29, debemos entender que regula cuestiones que en la mayoría de los casos quedan cubiertas por normas de “derecho sustantivo” de la Convención y por eso los efectos de este artículo son en cierto modo limitados¹³⁷.

Es necesario continuar con el estudio del artículo 29 y los posibles efectos de las cláusulas de no transferencia para el supuesto de cesiones de créditos no cubiertas por el artículo 9, es decir limitaciones contractuales de la cesión. Ya sea porque nos encontremos ante cesiones de créditos que no pueden ser comerciales o porque el deudor se encuentre fuera del ámbito de aplicación espacial de la Convención, en definitiva que se encuentre en un Estado no contratante. El problema viene determinado por el hecho de que las limitaciones legislativas se encuentran fuera del artículo 29 puesto que, a pesar de que muchas de ellas tengan como finalidad proteger al deudor, en la mayoría de las ocasiones tienen como finalidad la protección del cedente¹³⁸. A grosso modo podemos concluir que con excepción de la limitación legal contenida en el artículo 9.1 (la cesión del crédito tendrá efectos con independencia de que existiera un acuerdo de no transmisión entre el cedente y el deudor o en su caso un cesionario, por el que se limite el derecho del cedente a ceder o transmitir sus créditos); la Convención no intervendrá en relación con este tipo de limitaciones según se deduce de la lectura del artículo 9.3¹³⁹.

Finalizamos el estudio del Capítulo V de la Convención de UNCITRAL con el artículo 30, el cual establece que la Ley aplicable a la prelación vendrá determinada por la Ley del lugar de situación del cedente. La importancia de esta disposición radica en el

¹³⁷ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.203. Compartimos la opinión de este autor al entender que estas cuestiones fueron excluidas de forma intencionada. “Sin embargo, se excluyeron deliberadamente de las reglas sustantivas de la Convención ciertas cuestiones como la del momento a partir del cual el deudor puede invocar derechos de compensación en virtud del artículo 18. En particular, esta última cuestión se rige por el artículo 29, al menos en lo relativo a la compensación de la operación (es decir, la compensación derivada del contrato originario o de otro contrato que sea parte de la misma operación)”

¹³⁸ *Ibidem*. El planteamiento anterior tiene cierta lógica, no podrá aplicarse la ley que rija el contrato originario a las limitaciones legales, al no poder diferenciar exactamente entre las limitaciones legales impuestas para beneficiar al deudor de las impuestas para beneficiar al cedente.

¹³⁹ *Ibidem*. En relación con las exclusiones del artículo Vid. WALSH, Catherine, “Receivables Financing and the Conflicts of Laws...”, pp. 196 y ss: “Article 29 is fairly explicit as to the issues falling within the scope of the law governing the original contract: the effectiveness of contractual limitations on assignment as between the assignee and debtor, the conditions under which the assignment can be invoked against the debtor, and any question relating to whether the debtor’s obligations have been discharged. Most of these issues are the subject of a uniform substantive rule in the preceding articles of the Convention”.

hecho de que puede ser aplicada incluso a cesiones de créditos en la que no tengan cabida las reglas de prelación de reclamantes contenidas en el artículo 22 “de idéntica redacción, debido a la ausencia de vínculo territorial entre una cesión y un Estado parte en la Convención”¹⁴⁰.

En referencia a las cláusulas finales comprendidas dentro de los artículos 33 a 47, como principales cuestiones encontramos las siguientes: Como hemos indicado anteriormente en estos artículos se hace referencia al ámbito de aplicación temporal y espacial, como ya hemos mencionado la Convención todavía no ha entrado en vigor puesto que actualmente no ha sido ratificada por cinco Estados (artículo 45). La cuestión se complica aún más al existir la posibilidad de que los Estados pueden realizar declaraciones para excluir la aplicación de “ciertas partes” de la Convención -no podrán excluir la aplicación de las prácticas comerciales contenidas en el artículo 41-. En última instancia y no por ello cuestión baladí, hay que prestar especial atención al hecho de que en caso de conflicto, el artículo 38 indica que la Convención de UNCITRAL será de aplicación preferente frente a la Convención de Ottawa o Convenio de UNIDROIT sobre Factoraje Internacional. Lo anterior no tendrá cabida en relación a los derechos y obligaciones de un deudor al cual no le sea aplicable la Convención de UNCITRAL¹⁴¹.

Por otro lado, las partes pueden encontrarse con el supuesto de que con la proliferación de los textos en el comercio internacional pueda producirse un conflicto de cara a la aplicación de los mismos. La propia Convención de UNIDROIT ha previsto esto dentro de su articulado, si bien en el Proyecto inicial de la misma esta cedía su aplicación frente a otros instrumentos internacionales, en una fase intermedia, los redactores de la Convención de UNCITRAL quisieron adoptar una postura mucho más agresiva: entendían que era más apropiado que la misma tuviera prioridad frente a cualquier otro Convenio internacional o cualquier otro acuerdo multilateral celebrado por un Estado contratante en relación con materias objeto de regulación por la presente Convención. Nada más lejos de la realidad, los redactores finalmente adoptan una postura mucho más flexible; ya que no tendrá prioridad frente a cualquier otro

¹⁴⁰ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.203.

¹⁴¹ De nuevo en este momento podemos comprobar la interrelación existente entre los capítulos. Como hemos avanzado anteriormente el Convenio de Ottawa será objeto de análisis y estudio y en el capítulo posterior.

instrumento internacional que regule las mismas materias. Por ello, en este punto nos tendríamos que preguntar si realmente esta Convención tiene prioridad sobre la Convención de Ottawa de *Factoring* internacional al entender que en este último supuesto nos encontramos ante una Convención mucho más específica que la primera¹⁴². La opción más lógica es entender que todo dependerá del tipo de contrato ante el que nos encontremos y entender que en caso de colisión entre instrumentos internacionales se deberá otorgar preferencia a la Convención más específica frente a la más general. El problema en este supuesto concreto viene determinado por el hecho de que -como ya hemos indicado anteriormente- el propio texto de la Convención de UNCITRAL en su artículo 38 establece que esta tendrá prioridad frente a la aplicación de la Convención UNIDROIT o Convención de Ottawa, a salvo quedarán los derechos y obligaciones del deudor a los que no les sea de aplicación la Convención de UNCITRAL¹⁴³.

La misma problemática se plantea con el Convenio de UNIDROIT relativo a Garantías Internacionales sobre elementos de equipo móvil, en dicho Convenio existen ciertas disposiciones “incompatibles” con la Convención de UNCITRAL en relación con los mismos créditos. Estos problemas no se presentan para el caso español ya que no formamos parte de la Convención de UNCITRAL. Sin embargo, para aquellos Estados que formen parte de los dos instrumentos internacionales el propio artículo 45 del Convenio relativo a Garantías Internacional sobre elementos de equipo móvil establece su prioridad frente a la Convención de UNCITRAL, en relación a cesiones de

¹⁴² Vid. The Uncitral Draft Convention on Assignment in Receivables Financing..., op. cit., pp. 195-196: “Conventions prevails over any international convention or other multilateral or bilateral agreement which has been or may be entered into by a Contracting State and which contains provisions concerning matters governed by this Convention. Fortunately, on the occasion of the last meeting of the Working Group, the drafters gave up this aggressive approach and adopted the original one which is more in line established practice. Thus, the Draft’s Convention “does not prevail over any international agreement which has already been or may be entered into and which contains provisions concerning the matters governed by the Draft Convention. Consequently as noted by the drafters themselves, the Draft Convention will not prevail over the Factoring Convention, for instance, the latter being the more specific one. What has just been said shows- like most of the earlier remarks-that the more unifications efforts will be undertaken, the more one must try to coordinate them. In the long run, uncoordinated unification efforts cannot be helpful to anybody”.

¹⁴³ Por desgracia y en relación con el caso español no podrán darse problemas de prioridad en relación con la aplicación de los dos instrumentos internacionales citados puesto que no se aplica ninguno en nuestro ordenamiento jurídico.

créditos que sean derechos accesorios conectados con garantías internacionales sobre objetos aeronáuticos, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial¹⁴⁴.

8. Conclusiones

Pese al gran esfuerzo realizado en el momento de su elaboración, pues como sabemos su redacción final se alargó durante más de seis años, la Convención no ha entrado en vigor ya que “muy a nuestro pesar” todavía no ha sido depositado el quinto instrumento de ratificación. Sin embargo, no podemos olvidar la importancia del texto internacional. Podemos afirmar que la Convención de UNCITRAL supone la eliminación de las grandes trabas que los ordenamientos jurídicos nacionales imponen en el comercio internacional, ya que resuelve los numerosos problemas que en la práctica concreta se plantean con las transmisiones de créditos como fuente financiera¹⁴⁵.

Es más, reduce los obstáculos que las legislaciones nacionales pueden imponer de cara a la cesión transfronteriza de créditos. En el mercado internacional será necesario agilizar las transacciones comerciales, lo cual supondría un abaratamiento de los costes y por lo tanto una mayor fluidez del tráfico jurídico, esto sólo se podrá conseguir con una legislación moderna y ágil. Todo lo anterior va implícito en la Convención de UNCITRAL derivado de los siguientes hechos:

¹⁴⁴ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. SIGMAN, Harry C., and SMITH Edwin E., “The Draft UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade...”, op. cit., pp. 355-356: “The current Draft of the UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment contains provisions relating to receivables arising out of the equipment covered by that Convention. In some respects, these provisions are inconsistent with provisions of the Draft UNCITRAL Convention covering the same receivables. The extent to which one of these two Conventions will accommodate the other still remains to be resolved”. Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. BOE núm. 238 de 4 de octubre de 2013, p. 81.500 a 81.565. Donde se recoge el instrumento de adhesión a España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001.

¹⁴⁵ Coinciden con nuestro planteamiento: BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.204: “La Convención podría tener espectaculares repercusiones suprimiendo los importantes obstáculos jurídicos con que se tropieza en la financiación del comercio internacional”. ID., “The Convention on International Receivables Financing”, *DCINSIGHT*, April-June 2004, p. 20: “(...) The Convention could have <<a dramatic impact on removing significant legal barriers in the financing of international trade>>, and has been rightly hailed as <<the first step toward globalization of asset-based lending>>”; ID., “UNCITRAL’s contributions to the unification...”, op. cit., p. 11: “With a right mix of substantive and private international law rules, the Convention should have a dramatic impact on removing significant legal barriers in the financing of international trade and has been rightly hailed as <<the first step towards the globalisation of asset-based lending>>”. De igual forma: GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 49.

En primer lugar, la Convención reconoce la validez de ciertas cesiones ampliamente conocidas en el comercio internacional pero escasamente reguladas. Se permiten tanto las cesiones de créditos futuros como las cesiones globales o parciales de créditos.

En segundo lugar, otra importante aportación del texto internacional es la admisión de la validez del contrato de cesión pese a que las partes en el contrato originario hubieran establecido expresamente una cláusula de no transmisión del crédito¹⁴⁶.

En tercer lugar, presta especial atención a la protección de la figura jurídica del deudor, al garantizar la certeza en relación con unas concretas cuestiones de derecho sustantivo como son los derechos y obligaciones del deudor. El texto internacional entiende que el deudor tiene que ser objeto de especial protección sobre todo en relación con el momento en el que queda liberado del cumplimiento de su obligación. La principal novedad introducida es que la liberación del deudor de cara a su obligación dependerá de un elemento objetivo como es la notificación por escrito de la cesión. A partir de ese momento el deudor quedará liberado si ha realizado el pago a favor del nuevo acreedor o cesionario. En este ámbito nos encontramos con otra importante primicia; regula de forma separada las cuestiones referidas al pago liberatorio o no del deudor de las cuestiones de prelación. Se garantiza así la máxima protección.

En cuarto lugar, la Convención introduce un exhaustivo y riguroso régimen de prelación, todos los conflictos deberán resolverse de conformidad con lo establecido por la Ley del lugar de situación del cedente. Lo mismo sucede con la regulación del derecho de prelación sobre el producto, en este caso también vendrá determinada por la Ley del lugar de situación del cedente debiéndose mantener aisladamente los “fondos del producto”. Todo lo anterior facilita la aplicación de la misma Ley y en definitiva la previsibilidad de la misma en relación con los sujetos intervinientes; siendo además

¹⁴⁶ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.204; ID., “Le projet de Convention de la CNUDCI...”, op. cit., p. 172: “Le grand objectif d’une législations moderne relative à la cession ne saurait éter autre que la facilitation du financement par cession de créances. Les opérations liées à la cession sont au coeur d’importantes transactions financières telles que l’affacturage, le forfaitage, la titrisation et le refinancement. Une économie en plein croissence doit avoir un accès accru à de nouvelles sources de financement et des pratiques telles que l’affacturage et la titrisation, qui permettent à l’ évidence d’obtenir davantage de crédits á des conditions plus favorables, ne sauraient éter ignorées...”

“muy posible que esta regla facilite notablemente la financiación mediante cesión de créditos en los países en que no se reconocen los derechos reales sobre el producto¹⁴⁷”.

En quinto lugar y también en concordancia con la prelación, es importante el hecho de que la Convención es pionera en su sector al establecer en el Anexo normas de aplicación facultativa para los Estados miembros. Dichas normas tienen como finalidad completar o modernizar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en esta materia. Así pues, nos encontramos con que en la Convención existen una serie de reglas de Derecho Internacional Privado con la finalidad o con la misión de servir de guía a los ordenamientos internos; y en su caso podrán ser utilizadas como vía de solución de lagunas y como medio de unificación de las reglas de derecho internacional privado desde un punto de vista general¹⁴⁸.

A grosso modo podemos afirmar que el texto de la Convención de UNCITRAL potencia que la adquisición del crédito en el ámbito empresarial sea más asequible y que los contratos de cesión de créditos no sólo puedan realizarlos grandes empresas o aquellas multinacionales más influyentes del sector, sino que también los pequeños comerciantes puedan beneficiarse de la normativa¹⁴⁹.

Todo lo anterior nos sirve para plantearnos la siguiente cuestión: Si el texto de la Convención tiene tantas ventajas ¿por qué la misma todavía no ha entrado en vigor? ¿Por qué ni tan siquiera se ha depositado el quinto instrumento de ratificación? A nuestro entender, el único problema que plantea la Convención viene determinado por las reglas de derecho sustantivo o reglas de derecho internacional privado, algunos Estados entienden que estas reglas de derecho internacional privado suponen una invasión a su soberanía y que en algunas ocasiones se contradicen con lo establecido en su propia legislación. El problema anterior podría haber sido solucionado si las reglas

¹⁴⁷ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.205.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. B. CARSELLA, Michael, “UNCITRAL: First step in the globalisation...”, op. cit., p. 108: “(...) The underlying motivation for achieving such uniformity is the potential for increasing the worldwide availability of business credit at more affordable rates”.

sustantivas de derecho internacional privado hubieran sido incluidas dentro del articulado de la Convención¹⁵⁰.

Esta sería una posible explicación que podría darse en relación con el gran problema de la ratificación. Sin embargo, el artículo 39 de la propia Convención faculta a los Estados miembros para que realicen una reserva y de ese modo no queden vinculados por las citadas reglas del Capítulo V. Por lo tanto, el posible problema de incompatibilidad entre la legislación internacional y la legislación interna queda salvado a través del artículo 39. Entonces ¿qué es lo que realmente frena a los Estados a firmar el texto de la Convención? El problema se agrava puesto que como ya hemos dicho anteriormente es una Convención que en ciertos casos prevalece sobre otros instrumentos internacionales¹⁵¹, en nuestro caso con la Convención de Ottawa. La preocupación por la entrada en vigor de UNCITRAL es más real y evidente en la práctica tras el “fracaso” también sufrido por la Convención de Ottawa¹⁵².

Otra posible explicación al hecho de que todavía no se haya firmado la Convención y por ello su no entrada en vigor, derivaría según un importante sector doctrinal de la propia “debilidad que su carácter internacional conlleva. La ratificación de las normas convencionales (...) depende de la voluntad legislativas de los Estados, dotados de una soberanía sometida a los embates de la interdependencia, la globalización y la

¹⁵⁰ BAZINAS SPIROS, V., “La contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho...”, op. cit., p.205. B. CARSELLA, Michael., “UNCITRAL: First step in the globalitation of asset-based lending”, *The secured lender*, November/December 1998, p. 120: “One theory put forward in explanation of that failure is that it attempted to define substantive laws that were deemed too intrusive by various member countries”.

¹⁵¹ Ya habíamos mencionado que el artículo 38 establece la primacía de la Convención De UNCITRAL sobre la Convención de OTTAWA. Lo anterior no afectará a los derechos y obligaciones de un deudor al que no le sea de aplicación la Convención de UNCITRAL, ya sea porque el deudor no esté domiciliado en un Estado parte de la Convención o porque la Ley que regula el contrato originario sea la de un Estado no miembro de la Convención.

¹⁵² Aunque será objeto de estudio en un capítulo posterior, podemos adelantar que la Convención de Ottawa tampoco ha entrado en vigor a pesar del gran esfuerzo realizado. Participaron representantes de 55 Estados así como observadores de 4 Estados y de organizaciones gubernamentales. Tenemos que tener presente que tampoco ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico. En su artículo 14 se indica que entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el tercer instrumento de ratificación. Los países firmantes con fecha de 1 de junio de 1994 fueron: Bélgica, Checoslovaquia, EEUU, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guinea, Italia, Marruecos, Nigeria, Panamá y Tanzania. Solamente ha sido ratificada por Italia y Francia. Está en proceso su ratificación por Panamá lo cual implicaría su entrada en vigor. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. B. CARSELLA, Michael., “UNCITRAL: First step in the globalitation...”, op. cit., p. 120: “The concern over acceptance is a palpable one. It has been made all the more real by the failure of the UNIDROIT Convention on Internacional Factoring (Ottawa 1988) to achieve a sufficient number of ratifying countries”.

integración regional: con ello, la difusión geográfica del Derecho uniforme se encuentra condicionada”. (...) “No obstante estas debilidades, el sistema puede en la actualidad considerarse existente. Sigue según se ha apuntado, la circulación natural internacional de los bienes y los servicios. Su núcleo está constituido por el contrato de compraventa, sus epígonos y aledaños. Estos se acompañan, a su vez, de normas sobre la financiación de la cosa vendida o suministrada. El pago del precio, sus instrumentos y sus garantías componen la contraprestación a la entrega y sobre tales materias se abre un tercer apartado importante del sistema jurídico uniforme. La solución crecientemente autónoma de controversias mediante el recurso a los tribunales arbitrales constituye, finalmente, la etapa de cierre del sistema actual del Derecho uniforme del comercio internacional”¹⁵³.

Tras el análisis del articulado de la Convención podemos entender la dificultad y complejidad de cara a lograr un producto final aceptable para un número suficiente de participantes. Los Estados miembros deberán tener en cuenta que el intento de elaboración de normas uniformes conllevará un modesto grado de certeza en relación con la cesión de créditos en el ámbito internacional, y esa es la finalidad a alcanzar con UNCITRAL. Con este texto internacional se mejoraría el comercio mundial ya que se produciría un aumento del crédito a menor coste. Los Estados ya no tendrían tanto miedo de cara a la “invasión” de su soberanía puesto que entenderían que dicha inclusión, tendría como consecuencia un aumento de la seguridad de toda la normativa crediticia a través de los ejemplos alternativos previstos en el Convenio. Nos encontramos con que la Convención de UNCITRAL se convertirá en el primer paso en el proceso de desarrollo de la globalización de los créditos. Todo lo anterior nos debe servir para poner de relieve la necesidad de que los Estados deben realizar concesiones para garantizar el bien común¹⁵⁴.

Podemos concluir el estudio del presente capítulo afirmando que nos encontramos ante una Convención de vital importancia en el mundo de la globalización. Promueve la certeza y la autonomía de la voluntad de los contratantes; lo cual implica la eliminación de los costes puesto que las partes de antemano sabrán cuál es el derecho aplicable a su

¹⁵³ ILLESCAS ORTIZ, Rafael Y PERALES VISCASILLAS, Pilar., *Derecho Mercantil Internacional...*, op. cit., p. 72.

¹⁵⁴ *Ibidem*

contrato de cesión de créditos y por lo tanto se reducirán los litigios. En caso de que existieran discrepancias se aplicará de nuevo un derecho altamente previsible para las mismas, ya que como hemos podido comprobar en el capítulo, en la mayoría de los casos lo más lógico será aplicar la Ley del lugar de situación del cedente y en última instancia siempre se aplicará la Ley del país más vinculado con el contrato de cesión de créditos. El círculo hermenéutico queda cerrado con el sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Una sentencia dictada en un Estado miembro podrá ser reconocida y en su caso ejecutada en otro Estado miembro sin “ningún problema” cuando las autoridades de todos los Estados miembros apliquen al supuesto la misma Ley.

Compartimos la opinión de un importante sector doctrinal al entender que en algunas ocasiones la práctica en el caso concreto no acaba con las limitaciones legales vigentes¹⁵⁵. La supresión de los obstáculos jurídicos en el comercio internacional sólo podrá alcanzarse con la aplicación por parte de los Estados miembros de instrumentos jurídicos de gran calidad técnica, y esto es lo que sucede con la Convención de UNCITRAL. Toda la ardua tarea de elaboración tuvo como resultado un texto internacional completo, donde se dan grandes facilidades a los Estados para excluir, mediante la oportuna declaración, ciertas prácticas independientes de los créditos comerciales. En definitiva, el articulado de la Convención cumple con los requisitos exigibles a cualquier texto internacional como son: la simplicidad; entendiendo como tal la posibilidad que tienen las partes de realizar la transmisión del crédito de una forma fácilmente aceptable y lo suficientemente fácil para todos¹⁵⁶. La necesidad de flexibilidad, concebida como la capacidad del Estado de aceptar como válidas situaciones múltiples y cambiantes como sucede con las operaciones de financiación de proyectos, de movilización masiva de la deuda externa o la bursatilización de la cartera de deudores de diferentes nacionalidades¹⁵⁷; y en último lugar cualquier texto debería

¹⁵⁵ Vid. MATTOUT, Jean-Pierre., “Cessions Internationales de Créances Projet CNUDCI: État des Linux”, *Revue de Droit Bancaire et de la bourse*, n° 75, Septembre/Octobre 1999, p. 165;“(…) Quels sont les besoins de la pratique face aux contraintes juridiques actuelles? El citado autor habla de tres necesidades legales que debe cumplir cualquier texto jurídico y en nuestro caso la Convención de UNCITRAL; la necesidad de simplicidad, la necesidad de flexibilidad y la necesidad de seguridad.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 167: “La simplicité est, ici, la capacité de réalisation pratique de la cession dans des formes aisément acceptables par tous et suffisamment légères. L’uniformité de la forme utilisables es un facteur puissant de simplification...”.

¹⁵⁷ *Ibidem*, “La souplesse est, ici la capacité de la règle à embrasser largement et à convenir à des situations multiples et évolutives. On peut tout d’abord souligner une distinction importante entre les opérations sur mesure comme les financements de projets, où les intervenants peuvent prendre toutes les

cumplir con la función de seguridad, esta vendrá determinada por la concepción del ámbito de aplicación espacial desde un punto de vista amplio. En este campo de actuación la seguridad tiene muchas facetas pero todo dependería de la posición jurídica de las partes. En relación con el cesionario, tendría que quedar protegido frente a los pactos de no cesión del crédito realizados entre el cedente y el deudor; en el caso del deudor no se podrá agravar su situación por el hecho de la transmisión¹⁵⁸. Como hemos explicado anteriormente, la Convención de UNCITRAL garantiza de forma eficaz estos extremos, el único problema vendría determinado por este hecho de que a veces la flexibilidad puede confundirse con mediocridad. Las legislaciones nacionales deberán adaptarse a los nuevos tiempos y a los avances del comercio internacional, una posible vía para conseguir lo anterior sería a través de la ratificación de la Convención de UNCITRAL; podemos afirmar que en el “concreto ámbito de la cesión de créditos el resultado, aunque útil, resulta insuficiente. La insuficiencia no es nueva. Es, de nuevo, la insuficiencia de las convenciones internacionales”¹⁵⁹.

précautions nécessaires compte tenu de l'ampleur de l'opération et de sa nécessaire particularité. Mais il y a aussi les opérations de masse comme la mobilisation de créances sur l'étranger ou bien encore la titrisation de milliers de créances sur des débiteurs de nationalités différentes...”

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 168. “La première forme de la sécurité viendra du champ d'applications de la future convention qui doit être le plus large possible au plan territorial. La sécurité a des facettes multiples dans ces opérations. (...) En position de cessionnaire, il recherchera la protection contre les clauses contractuelles de non-cessibilité qui ont pu être conclues entre le cédant et le débiteur. (...) En position de débiteur cédé, le banquier veillera à éviter que la cession de créances ne vienne bouleverser l'équilibre de ses relations avec son client”.

¹⁵⁹ Con gran maestría Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 56.

CAPÍTULO VII

LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL FACTORING INTERNACIONAL

1. Introducción

Antes de comenzar con el estudio del Tratado de Ottawa o Convención de UNIDROIT sobre *Factoring* internacional debemos reproducir unas consideraciones generales sobre el contrato de *factoring*. A pesar de que nuestro estudio se basa en la cesión de créditos en el comercio internacional, entendemos que es necesario realizar unas “breves referencias” al contrato de *factoring* desde un punto de vista interno para poder entender así su desarrollo internacional. Al encontrarnos ante una figura jurídica prácticamente “desconocida” en nuestra legislación, realizaremos una breve reseña en consideración a sus orígenes, para posteriormente explicar los tipos de *factoring* existentes, finalizando con las normativas internacionales que regulan la materia. El círculo hermenéutico de nuestro estudio se cerraría así con los contratos de *factoring* y el análisis tanto de los tribunales competentes como de la legislación aplicable en caso de litigio, además del posible reconocimiento o ejecución de la sentencia. A lo largo del presente capítulo debemos tener en cuenta una idea muy importante: el contrato de *factoring* se articula en la contratación a través de la figura jurídica de la cesión de créditos.

2. Origen y evolución del contrato de *factoring*

Se entiende por la mayoría de la doctrina que el origen del contrato de *factoring* debe situarse en Inglaterra en la primera parte del siglo XVI¹. Nos encontraremos en la

¹ De vital trascendencia para nuestro estudio es CAMACHO LÓPEZ, María Elisa, “Problemáticas jurídicas del contrato de *factoring*, asociadas a su construcción dogmática a partir de la figura de la cesión de créditos. (Con particular atención a la experiencia italiana)”, en *Revist@ e-Mercatoria* Vol 10, Número 1 (enero – junio 2011), p. 2. De igual forma RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana, “El *factoring* internacional...”, op. cit., p. 597; la mayoría de la doctrina española entiende que el contrato de *factoring* ha sido fruto de la colonización de América del Norte por parte de Inglaterra, entre otros Vid. CHULIA VICENT, E., BELTRÁN ALANDELL, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, I, 4ª. ed., Barcelona, Bosch, 1999, p. 29; DE IZAGUIRRE, J.M., “Factoring” en ALONSO UREBA, A., BONARDELL LENZANO, R., GARCÍA VILLAYERDE, R., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, Civitas, 1990, p. 573; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *El contrato de factoring*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 31-36 entre otros. Del mismo modo Vid. BORDIGNON, L., *La Cessione del credito tra disciplina generale e disciplina speciale: l'esperienza*

práctica internacional ante un contrato cuya finalidad esencial es “facilitar el cobro de los créditos surgidos de transacciones comerciales internacionales”². No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que la figura del contrato de *factoring* no está recogida de forma expresa por nuestra normativa actual. Como ya hemos indicado en el capítulo referente al derecho interno, tendremos que esperar a su plasmación en nuestro ordenamiento jurídico con la regulación introducida en el nuevo Código mercantil³.

Estamos haciendo referencia a un contrato en el que una empresa confiaba a otra persona que actuaba como una especie de agente y que recibía la denominación de factor, la misión de vender sus mercancías en nombre propio y por cuenta ajena a cambio de una remuneración o comisión⁴. El contrato tuvo gran repercusión en

francese, Padova, Cedam, 2003, p.223; CALZOLAIO, E., *Il factoring in Europa*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 12 en concreto la nota 24, donde se entiende que el contrato de *factoring* ya era utilizado por otras sociedades antes de la inglesa pues tanto los fenicios como los griegos e incluso los romanos tenían conocimiento de esta figura jurídica, ya que al dedicarse al comercio internacional tendrían que realizar ciertas compraventas con otros comerciantes menos acostumbrados a las mismas. No debemos olvidar como indica CAMACHO LÓPEZ, que el origen del término *factor* proviene del verbo *facere* en latín, en definitiva “aquel que hace” o “aquel que actúa por cuenta de otros”. La primera vez que en una norma española se aludió de forma expresa a la actividad del *factoring* se puso especial hincapié en su conexión internacional. Se produjo en la Exposición de Motivos de la Orden del Ministerio de Economía y Comercio de 13 de mayo de 1981, sobre la regulación de las entidades de financiación especializadas en operaciones de *factoring*, donde se indicaba: <<El continuo crecimiento de las relaciones comerciales internacionales y el acelerado proceso de integración de la economía española en el ámbito de los mercados internacionales hace necesaria la potenciación de entidades financieras especializadas en la financiación comercial que contribuyan a mejorar la seguridad del tráfico internacional de las empresas españolas. (...) En consecuencia y para conseguir (tal) finalidad, parece conveniente profundizar en el tratamiento financiero de la actividad de *factoring*...>>.

² RODRÍGUEZ RODRIGO, “El factoring internacional...”, op. cit., p. 597.

³ Como ya explicamos en el capítulo del derecho aplicable, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999 de las Entidades de Capital-Riesgo y sus sociedades gestoras (BOE núm. 5 de 6 de enero de 1999) faculta a determinadas entidades de crédito a realizar cesiones de créditos siempre y cuando cumplan las condiciones siguientes: “1ª Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial”; 2ª Que el cesionario sea una entidad de crédito; 3ª Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato no tengan por deudor a una Administración Pública; 4ª Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores; 5ª Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado; 6ª Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento”. En relación con la fecha de eficacia del contrato de cesión, se entiende por la citada Ley que “tendrá eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1218 y 1227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho”. Aunque será objeto de estudio a lo largo de la página 5 y siguientes, entendemos oportuno mencionar que el Anteproyecto de Código Mercantil en el Artículo 577 en sus apartados 10 a 13 establece la regulación del contrato de factoraje.

⁴ CAMACHO LÓPEZ, María Elisa., “Problemáticas jurídicas del contrato de *factoring*...”, op. cit., p. 2., como indica la citada autora la definición recoge el concepto de lo que la anterior doctrina entendía por “*colonial factoring*”.

Inglaterra en el año 1600 donde las colonias inglesas de Norteamérica tenían la carestía de distribuir sus productos a las colonias colonizadas a través de representantes, con el gran problema añadido de la distancia y gran precariedad de las comunicaciones de la época⁵.

Posteriormente los factores o los agentes, se van especializando tanto en los procedimientos de cobro, que incluso en ocasiones se convierten en fiadores de los propios comerciantes, garantizando en algunas ocasiones el buen fin de las ventas; siendo necesario en ocasiones realizar anticipos de las ventas⁶. Sin embargo, todo cambia tras la declaración de independencia de las colonias implicando una variación en la clientela de las empresas, puesto que las medidas económicas altamente proteccionistas llevan al desuso de la figura del contrato de *factoring* en favor del comercio local. A partir de ese momento la figura del contrato de *factoring* empieza a entenderse como un contrato destinado a la financiación. En ese momento el contrato de *factoring* se configuraba como un contrato por el cual el factor era el encargado de distribuir las mercancías del productor y en determinados casos, el factor se comprometía a anticipar el precio de las mercancías y a pagar las prestaciones a cambio de determinadas garantías sobre los bienes que le eran entregados. Sin embargo, con la práctica se presenta un problema, este contrato de *factoring* no tendría cabida en los supuestos en los que el productor no encarga la función de distribución⁷.

Surge así la necesidad de regulación y por lo tanto será muy importante que el factor tenga derecho de garantía sobre los bienes del productor, con independencia de que esta última tuviera la posesión de los mismos, siendo imprescindible realizar publicidad e incluso su adecuada anotación en el Registro correspondiente. Todo finaliza con el derecho de garantía del factor sobre “todos los bienes de la empresa productora que

⁵ *Ibidem*, como señala CAMACHO LÓPEZ, el contrato de *factoring* tuvo mayor éxito entre las empresas dedicadas al sector textil. Si queremos realizar un estudio en mayor profundidad en relación a esta figura jurídica podemos encontrar numerosas obras: GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *El contrato de factoring y cesión de créditos*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1995, 258 p; GARCÍA VILLAVARDE, Rafael., *El contrato...*, op. cit., 606 p.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *El contrato...*, op. cit., 263 p.; LOZANO RAMÍREZ, Antonio., “El contrato de *factoring*: especial referencia a la cesión de créditos”, en *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, Número XXX, Madrid, Real Colegio Universitario <<El Escorial-Maria Cristina>>, 1997, pp. 146-166; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Mª Ángeles., “El contrato de *factoring*”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis., *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 960-1015; CAMACHO LÓPEZ, María Elisa., “Problemáticas jurídicas del contrato de *factoring*...”, op. cit., p. 17 entre otros.

⁶ *Ibidem*

⁷ *Ibidem*, p. 3

representan el capital circulante (...) conservando la empresa productora la tenencia de los mismos”⁸.

Nos encontramos en este momento con el contrato de *factoring* que llega a nuestros días, donde el factor asumirá prácticamente una función financiera de cobro de unos créditos, e incluso en determinadas ocasiones anticipando el valor de los mismos al cedente. El cedente en su caso responderá del posible incumplimiento por inexistencia de los créditos. Los problemas prácticos para este contrato empiezan a encontrarse a partir de 1960 donde los países europeos tienen ciertas reticencias de cara a regular la figura jurídica; pues entienden que el citado contrato ya estaba regulado a través de la figura jurídica del contrato de descuento⁹.

Sin embargo, con la práctica concreta las dificultades económicas van mejorando puesto que incluso la propia Banca empieza a ver a las sociedades de *factoring* no como competidoras sino como posibles clientes. Mayores problemas se plantean a la hora de encasillar el contrato de *factoring* dentro del ordenamiento de los correspondientes Estados. Se entendía que la garantía constituida por la empresa productora sobre los créditos a favor del factor no implicaba la transferencia de la globalidad de los créditos para la constitución de la misma; a diferencia de lo que ocurría en el ordenamiento americano en el que la garantía sí implicaba la globalidad de los créditos de la empresa. Se entiende que lo más lógico es recurrir a figuras jurídicas ya existentes en los ordenamientos jurídicos para adoptar la citada figura¹⁰.

Como hemos podido comprobar a lo largo de nuestro estudio, la disparidad en las legislaciones es evidente en esta materia. En España, Alemania e Italia el contrato de *factoring* tendría cabida bajo la figura jurídica del contrato de cesión de créditos; en Francia se acepta en relación con la subrogación, en Bélgica tendrá cabida bajo la figura jurídica del *endossement de la facture* y en Inglaterra a través del *assignment*. Por el contrario el avance del contrato de *factoring* en Estados Unidos era innegable, llegando incluso a hablarse de un “*New Style Factor*” en el que el factor tendrá funciones

⁸ *Ibidem*

⁹ *Ibidem*, p. 4. La postura de los países europeos y en concreto de la Banca europea es lógica al entender que las funciones que cumple el factor son las mismas que las que ellas asumen en un posible contrato de descuento. En relación con la financiación no existen dudas a la hora de entender que los Bancos pueden asumir anticipos, al igual que las funciones de gestión de créditos y de insolvencia del deudor.

¹⁰ *Ibidem*, p. 5.

adicionales a la de cobro y financiación como pudieran ser la de estudio de mercado, selección de clientes...No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que la técnica seguida por los países europeos y la que llega hasta nuestro entorno es la técnica conocida como “*Old Lyne Factoring*” es decir, el contrato de *factoring* tradicional. Lo mismo cabe decir en relación con la postura seguida en la Convención de Ottawa sobre *Factoring* Internacional¹¹.

A lo largo de este capítulo intentaremos resolver toda la problemática existente en el ámbito internacional en relación con el contrato de *factoring* desde el punto de vista de la cesión de créditos. Todo ello deberá realizarse sin dejar de lado la problemática actual de nuestro ordenamiento jurídico.

3. Normativa nacional en materia de *factoring*

Como hemos venido anunciando en la introducción del capítulo, el contrato de *factoring* no ha sido regulado expresamente por parte de los legisladores españoles. Hemos tenido que esperar a su regulación de forma expresa con el nuevo Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, concretamente es su Libro Quinto “De los contratos mercantiles en particular”, Título VII “De los contratos financieros”, Capítulo VII “De las cesiones financieras de créditos” se regula el contrato de descuento y el contrato de factoraje, correspondiéndose con el artículo 577 apartados 10 a 13 ¹².

En el primer apartado se desarrolla el concepto de contrato de factoraje, en virtud del cual “un operador del mercado, el proveedor, se obliga a ceder uno o varios créditos de los que sea o pueda ser titular en el futuro, a un empresario el factor, que, a cambio de los intereses y comisiones que se pacten, asume respecto de los créditos cedidos, la gestión de su cobro de los créditos, pudiendo también asumir las obligaciones siguientes: a) Financiar al proveedor y b) Asumir el riesgo de insolvencia de los deudores”; junto con las funciones anteriores se entiende que el factor también podrá

¹¹ *Ibidem*, p. 5.

¹² La regulación del contrato de *factoring* en la nueva normativa ha sido objeto de estudio en el capítulo V. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil fue aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014.

asumir otras como pudieran ser: “llevarla de contabilidad, realizar estudios de mercado o investigar y seleccionar la clientela”¹³.

No obstante lo anterior, podemos afirmar que el contrato de *factoring* es un contrato frecuentemente utilizado por los operadores del comercio ya sea a escala internacional como a escala nacional. No debemos olvidar que la figura del *factoring* internacional ya aparecía mencionada en el RD 869/1977 de 28 de marzo sobre Régimen de las Entidades de Financiación. Por otro lado la Orden Ministerial de 19 de junio de 1979 sobre régimen de entidades de financiación indica en su artículo 1 apartado quinto que el objeto de esas entidades es “la gestión de cobro de créditos en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionario de tales créditos, así como el anticipo de fondos sobre los créditos de los que resulte cesionario cualquiera que sea el documento en que se instrumenten”. Por otra parte en el mismo artículo pero en su apartado 7 complementa la opción anterior añadiendo que también serán objeto de dichas entidades “todos los servicios y operaciones directamente derivados de las anteriores actividades”¹⁴.

El apartado 11 del artículo 577 supone un nuevo avance al especificar los tipos de de contratos de factoraje existentes: propio o sin recurso cuando es el propio factor el que asume el riesgo de insolvencia de los deudores cedidos; y hablaremos de contrato de factoraje impropio o con recurso cuando sea el proveedor el que responda de la insolvencia de los deudores.

El apartado 12 del mismo artículo establece los efectos del citado contrato en relación con la titularidad de los mismos, se entiende que las cesiones de crédito con origen en un contrato de factoraje, tendrán efectos traslativos de titularidad de los créditos cedidos con la excepción de aquellos supuestos en los que el factor asume la obligación de gestión del cobro de los mismos.

La escasa regulación finaliza con el apartado 13 donde se establece el régimen concursal; en virtud del cual aquellas cesiones de crédito que deriven de un contrato de

¹³ Vid. Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 p. 470. En línea www.mjusticia.gob.es (última visualización abril 2015).

¹⁴ CAMACHO LÓPEZ, María Elisa., “Problemáticas jurídicas del contrato de *factoring*...”, op. cit., pp. 44-45; de igual forma SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp. 78-79 con especial atención a la nota al pie número 10.

factoraje, “no podrán ser objeto de rescisión en caso de concurso con el cedente o del deudor cedido más que en los términos previstos en las disposiciones generales sobre cesiones financieras de créditos” sin perjuicio de la aplicación de la normativa concursal.

De nuevo podemos encontrar una definición en la Orden de 13 de Mayo de 1981 sobre entidades de financiación especializadas en operaciones de *factoring*, donde se define la figura jurídica como “aquellas Entidades de Financiación en cuyos Estatutos conste como objeto principal la realización de las gestiones de cobro de créditos y de anticipos sobre los mismos”; estableciendo de forma expresa como actividades a realizar por la empresa de *factoring* las de “investigación de deudores, establecimiento de relaciones con otras empresas de *factoring*, nacionales o extranjeras y, en general la realización de operaciones de carácter similar que tiendan a favorecer la seguridad y financiación de los créditos nacidos en el tráfico mercantil e internacional¹⁵.

El concepto de *factoring* se reconoce en la Ley 3/1994 de 14 de abril por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero¹⁶. De igual forma el Real Decreto 692/1996 de 26 de abril del régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito. En estos dos instrumentos legales no se va a modificar el concepto del contrato, puesto que la Ley 3/1994 solo indica que tanto “las entidades de crédito como los establecimientos financieros de crédito podrán ejercer la actividad de *factoring* con o sin recurso”¹⁷. De igual forma, el artículo 1 del Real Decreto 692/1996 indica expresamente que “los establecimientos financieros de crédito podrán ejercer la actividad de *factoring*, con o sin recurso, y las actividades complementarias de la misma, tales como las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de los deudores, y, en general, cualquier otra actividad que tienda a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos nacidos en el tráfico mercantil nacional o internacional, que sean cedidos”. En el apartado segundo se establece que como actividades accesorias, “los establecimientos

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ *Ibidem*. Es importante en este momento Vid. “Observaciones del Consejo de Estado efectuadas al proyecto de Real Decreto sobre el régimen jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito, de 1 de abril de 1996”, número 1.216/96/2.058/95/MC/MM, en *Memoria anual de la Asociación española de Factores*, 1996, p. 3.3.26.

¹⁷ *Ibidem*, p. 46.

financieros de crédito podrán realizar cualesquiera otras que sean necesarias para un mejor desempeño de su actividad principal”¹⁸.

Por ende, se puede extraer la siguiente consideración: estas disposiciones están destinadas a un fin de financiación, s decir, a regular más específicamente los ámbitos económicos que la regulación jurídica del contrato; por todo ello podemos afirmar que la normativa española hasta este momento en relación con el contrato de *factoring* se encuentra estructurada sobre el contrato de cesión de créditos y concretamente sobre los artículos 1526 y siguientes del Código Civil; así como los artículos 347 y 348 del Código de Comercio¹⁹.

Todo lo anterior nos sirve para darnos cuenta de la gran importancia que tiene en relación con la regulación del contrato de *factoring* la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 de 5 enero reguladora de las entidades de Capital-Riesgo²⁰. En dicha disposición se admite la cesión global de créditos futuros, se refuerza no sólo la posición jurídica del deudor sino también la del cesionario; por fin encontramos una regulación donde se otorga mayor eficacia al contrato de cesión de créditos frente a los terceros intervinientes y se reducen los requisitos en relación con la prueba del contrato²¹. A grandes rasgos podemos afirmar los siguientes requisitos en el contrato de *factoring* español:

En primer lugar, la propia disposición adicional indica de forma expresa que es imprescindible que “el cedente sea un empresario y que los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial”²². El segundo requisito necesario viene indicado en relación con el cesionario, este deberá ser una “entidad de crédito o un fondo de titulización”²³. El tercer requisito imprescindible será que los créditos cedidos deben

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 79. Todos estos artículos fueron estudiados en el Capítulo correspondiente a la normativa interna, concretamente en el Capítulo V.

²⁰ Para un análisis en mayor profundidad en relación con la disposición Vid el BOE de 6 de enero de 1999.

²¹ *Ibidem*

²² BOE de 6 de enero de 1999, Ley 1/1999 de 5 de enero reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras.

²³ En este caso hay que tener en cuenta que también tendrían cabida los establecimientos financieros de créditos, según se desprende del artículo 1.1 apartado b) del Real Decreto 692/1996 de 26 de abril por el que se establece el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito. Vid. BOE número 126

existir al tiempo de realizarse el contrato de cesión o en todo caso nazcan de la actividad empresarial del cedente como máximo un año después a contar desde esa fecha o en último extremo que en el contrato de cesión de créditos conste la identidad de los futuros deudores. El cuarto requisito impuesto es en relación con el cesionario, este deberá pagar el importe de los créditos al cedente al contado o a plazos con la deducción del coste de los servicios pactados. El quinto y último requisito de la disposición viene determinado por el hecho de que las partes no hubieran pactado previamente la responsabilidad del cesionario frente al cedente por la solvencia del deudor cedido y se acredite que el cesionario ha pagado al cedente (parcialmente o totalmente) el importe del crédito cedido antes de su vencimiento.

Todo lo anterior nos sirve para establecer la siguiente conclusión: todas aquellas cesiones que cumplieran los requisitos anteriores serán eficaces en relación con los terceros intervinientes desde el mismo momento de celebración del contrato de cesión de créditos. No obstante lo anterior, la certeza de la fecha deberá acreditarse a través de algunos de los medios admitidos en los artículos 1218 (documentos públicos) y 1227 del C.c. (documentos privados) o por cualquier otro medio admitido en Derecho. Es decir, si nos encontramos con un supuesto de quiebra del cedente no podrá declararse la nulidad como se desprendía de la lectura del artículo 878 párrafo segundo del Código de Comercio en relación con las cesiones que cumplan esas exigencias y por lo tanto “se exceptúa y limita el régimen legal de retroacción de la quiebra en aras de la seguridad en el tráfico de estas especiales operaciones”²⁴.

3.1 Funciones del contrato de *factoring*

Como adelantábamos en nuestra introducción, el contrato de *factoring* puede ser definido como aquel contrato en virtud del cual la prestación vendrá determinada por un por la realización por parte del factor (cesionario) de un conjunto de servicios administrativos o financieros en relación con unos créditos, normalmente a corto plazo, que han sido generados a través de facturas. Los créditos han sido cedidos por un

de 24 de mayo de 1996. En el citado artículo se indica que los establecimientos financieros tendrá la consideración de entidades de crédito y su actividad principal podrá consistir en realizar una o varias de las siguientes actividades entre las que se encuentra las actividades de *factoring* con o sin recurso y las actividades complementarias de la misma.

²⁴ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 79

vendedor, cliente o cedente; en definitiva el titular de los mismos percibiendo previamente una contraprestación previamente establecida. En este momento se puede realizar una división dependiendo de donde se realice el contrato de *factoring* y por ello la venta o cesión de los créditos. Si la venta de los créditos se realiza dentro del mismo país, nos encontramos ante una “*factoring* nacional o doméstico”; por el contrario cuando la venta y en su caso el contrato de *factoring* sea internacional o en su caso afecte a varios países nos encontramos ante un “*factoring* de exportación”²⁵. Nos encontramos con un contrato “atípico, mixto y complejo, destinado a cumplir diversas finalidades económicas y jurídicas del empresario mediante una sociedad especializada, que se integran en variadas funciones de ésta como son principalmente la administrativa o de gestión-la sociedad se encarga de cobrar el crédito y posibilita que el cliente prescinda de los medios y gastos burocráticos que tal actividad lleva consigo-, la de garantía-la sociedad, siempre que se cumplan determinadas condiciones delimitadas en el contrato, asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido- y de financiación- entre las prestaciones ofrecidas por la sociedad se encuentra con frecuencia la de anticipar el importe de los créditos transmitidos al empresario para procurarle una situación de liquidez-, a las que, a veces se unen otros servicios complementarios, como la contabilidad de ventas, la realización de estudios de mercado, la investigación y selección de clientela, etcétera”²⁶.

En definitiva, es una figura jurídica en la que un cliente, es decir un empresario -en nuestro caso el cedente- transmite los créditos que tiene en relación a una clientela al factor o cesionario, siendo este último un empresario especializado. Entre el *factor* y el cliente se realiza un contrato de *factoring* en virtud del cual y a cambio de una contraprestación pactada previamente, el *factor* o el empresario especializado queda obligado a prestar el correspondiente servicio²⁷.

Antes de comenzar con el estudio propiamente dicho de las funciones que puede desarrollar la empresa de *factoring* debemos tener en cuenta que nos encontramos ante una de las cuestiones clave de nuestro estudio. Podemos adelantar que dependiendo de

²⁵ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. GALLARDO RODRÍGUEZ, José., “El factoring como figura económico-financiera”, en *Jornadas sobre factoring*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 43.

²⁶ RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “El factoring internacional...”, op. cit., pp. 608-609.

²⁷ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Ángeles., “Contrato internacional...”, op. cit., p. 301.

las funciones que asuma el factor o empresa especializada podrá aplicar una Ley u otra en relación con el contrato de *factoring*. De igual forma habrá que tener en cuenta que dependiendo del instrumento jurídico aplicable a la materia (ya sea nacional o internacional) la empresa especializada tendrá que llevar a cabo unas funciones para que podamos encontrarnos ante un contrato de *factoring*²⁸. Así pues, nos encontramos con una empresa “financiera especializada en la prestación de determinados servicios (...) bien de forma conjunta bien individualizados, pero a través de una única relación contractual con el exportador plasmada en un contrato marco. Suelen estar participadas por entidades financieras, cuyas operaciones en el campo del comercio exterior complementan”²⁹. En líneas generales podemos entender que las sociedades de *factoring* pueden ofrecer dos tipos de servicios: servicios administrativos y financieros³⁰.

En la práctica puede suceder dos cosas: que en el contrato de *factoring* intervenga una única empresa de *factoring*, esta será por ende la única que realice las operaciones pactadas entre las partes. Por otro lado puede darse la hipótesis contraria, “que nos encontremos ante un operación típica de *factoring* internacional”³¹ en el que existan dos empresas de *factoring*³². En estos casos lo más lógico es que la ejecución de unas determinadas funciones sean realizadas por el factor que está presente físicamente en el país del deudor. La proximidad física existente entra la “nueva” empresa de *factoring* y el deudor posibilita en mayor medida el cobro de la deuda y compensan en su caso el aumento de los costes que supone la contratación de otra empresa de *factoring*³³. A continuación mencionaremos las distintas funciones que puede desarrollar la empresa de *factoring*:

En relación con la prestación de servicios administrativos la empresa de *factoring* podrá prestar los siguientes: En primer lugar podrá realizar un estudio del grado de solvencia de los deudores y en función de la misma les asignará un grado de riesgo. En segundo lugar, la empresa de *factoring* podrá asumir como propia la función de gestión

²⁸ Todas estas nociones “claves” serán objeto de estudio a lo largo del capítulo.

²⁹ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 81.

³⁰ *Ibidem*

³¹ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 57.

³² De nuevo podemos comprobar como la práctica concreta supera a la regulación de los instrumentos jurídicos, podemos adelantar que el Convenio de Ottawa no recoge tal posibilidad.

³³ *Ibidem*

del cobro de los créditos (es la más habitual) que le cede el cedente o cliente. En este caso la empresa de *factoring* siempre deberá respetar los medios de pago que hubieran pactado el cedente y el deudor. En este ámbito tendrán cabida: todas aquellas actuaciones necesarias para que la operación llegue a buen fin como pudieran ser la contabilización y la posible reclamación judicial o extrajudicial³⁴.

Si el factor asume esta función gestora implicará un detrimento en las funciones a realizar por el cedente. Luego podemos entender que en estos casos se pueden producir grandes reducciones de costes, ya que el precio final del factor va a depender del volumen de sus operaciones, beneficiándose en su caso de la especialización del factor en el concreto sector; todo lo cual se resume en la minoración del riesgo de impago de los deudores. En definitiva, cuando el factor asume la función de gestión y en su caso del cobro nos encontramos con que el contrato de *factoring* se convierte en un proceso de “descentralización o especialización empresarial en materia de gestión de créditos, en virtud del cual el empresario transfiere a un agente externo un sector de su actividad-la administración de su cartera de créditos, precisamente-que funcionalmente es ajeno al objeto de producción de los bienes y servicios que caracteriza su actuación en el mercado”³⁵.

Otra función perfectamente asumible por la empresa de *factoring* es la función de garantía, es decir, las partes podrán pactar previamente en el contrato que con la adquisición del crédito o los créditos por parte de la empresa especializada este asuma también el riesgo de insolvencia del deudor o de los deudores. Nos encontramos entonces con una transmisión de créditos *pro soluto*³⁶. No es una cuestión baladí puesto que el cedente se despreocupará totalmente de la posible solvencia de los deudores. En este momento el contrato de *factoring* guarda enormes similitudes con la figura jurídica del seguro del crédito. El factor fijará unos límites en la asunción de este riesgo, “previéndose normalmente la extensión de la cobertura sólo a la falta de pago del deudor ocasionada por una situación de insolvencia declarada judicialmente o, incluso, pública y notoria³⁷”. Todo el mecanismo de transmisión del riesgo tiene que estar amparado bajo el principio de globalidad, el cedente tendrá que transmitir al factor

³⁴ *Ibidem*, p. 58.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *Contrato de factoring...*, op. cit., p. 41.

³⁶ En la transmisión de crédito *pro solvendo* el factor no asume el riesgo de la operación.

³⁷ *Ibidem*, p. 43.

todos los créditos generados de su actividad profesional, para garantizar que el cedente no transmita sólo aquellos créditos que sean más difíciles de cobrar y en su caso la empresa de *factoring* pueda comercializar con los créditos realizando un gran número de operaciones a la vez. Todo lo cual lleva en última instancia a que el cedente puede seleccionar mejor su clientela tras el análisis que haga de la solvencia de los deudores la empresa de *factoring* para decidir si asume o no el riesgo de la operación³⁸.

Cuando el cliente o cedente, tiene un volumen de negocio importante en un Estado extranjero y no quiera asumir la función de financiación, lo más lógico es que recurra a la figura jurídica del *direct import factoring*, y por ello contrate directamente con la empresa importadora que será la que tenga el control del concreto mercado sobre el que se quiere actuar. Como en la práctica concreta puede darse la problemática de que el cliente o cedente tuviera que contratar directamente con numerosos *factores* de diversos países lo más apropiado sería que el propio *factor* fuera quien contratara directamente con otros factores cuando la empresa transmisora de los créditos tuviera una clientela muy dispersa en diferentes Estados³⁹.

Terminamos el estudio de este apartado con la función de financiación, se entiende por un importante sector doctrinal que es la función más frecuente en la mayoría de los mercados y por ende es aquella que “ayuda” a que determinadas empresas con “ciertas” dificultades económicas puedan acceder al mercado⁴⁰. En este caso, la empresa especializada de *factoring* va a anticipar al empresario o cliente el importe de los créditos transmitidos mejorando así la solvencia y liquidez del cliente de forma instantánea. Gracias a esta función se consigue considerar al contrato de *factoring* como una alternativa a las formas tradicionales de adquisición de crédito por parte de los empresarios (préstamos o créditos bancarios) que en ocasiones suponen una mayor ruina económica. Podemos afirmar que nos encontramos ante una financiación mínima⁴¹.

³⁸ *Ibidem*, pp. 44-45. De igual forma: DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 59 “Esta función de garantía está ligada al estudio e investigación de la cartera de clientes, ya que la asunción del riesgo por el factor va a depender de determinadas condiciones de la clientela, para lo cual necesita un conocimiento de la misma”.

³⁹ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 59.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 60; de igual forma GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *Contrato de factoring...*, op. cit., p. 45.

⁴¹ *Ibidem*

La función de financiación será la función más prestada en el comercio internacional en relación con los exportadores, los clientes o cedentes estarán muy interesados en realizar este tipo de transmisiones como mecanismo de ayuda para garantizar su liquidez. Este servicio financiero podrá realizarse en función de los deudores que previamente hubieran sido autorizados por la empresa de *factoring*⁴². Lo más habitual en la práctica es que el anticipo sea un importe nominal del crédito o los créditos que han sido objeto de la transmisión, dicho porcentaje variará dependiendo de lo establecido por las partes previamente en el contrato, en la mayoría de las ocasiones supondrá un 80% o un 90% del importe de la correspondiente factura; por lo que todo dependerá de la posible solvencia de los deudores⁴³.

Las ventajas económicas del contrato de *factoring* son visibles a partir de este momento ya que al extenderse sobre la globalidad de los créditos, la financiación del empresario podrá venir determinada por la fluidez de los mercados. Estos anticipos no supondrán nuevas deudas para el cedente ya que la concesión de los mismos no dependerá solo del patrimonio del cedente sino que también vendrá determinada por la posible solvencia de su clientela⁴⁴.

La práctica concreta admite diferentes posibilidades en relación con las funciones a asumir por el factor, como explicamos anteriormente puede darse la hipótesis de que exista una sola empresa de *factoring* o varias empresas divididas en los diferentes sectores a actuar o Estados. Para estos casos, las empresas de *factoring* pueden especializarse en la misma función o por el contrario podrán especializarse cada una de ellas en diferentes funciones. En última instancia también se podrán combinar las distintas funciones en relación con un mismo contrato en función de los créditos en los que recaiga la operación. “Se trata, fundamentalmente, de resaltar la aptitud de cada

⁴² DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 59; de igual forma GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *Contrato de factoring...*, op. cit., p. 45. Como señala este último autor en su nota al pie número 20: “En el modelo de contrato de factoring con recurso predispuesto por la <<Asociación Española de Factoring>> por ejemplo, se prevé expresamente que la sociedad de factoring <<se obliga a anticipar al cliente un porcentaje sobre los créditos cedidos en los términos que se establecen en las condiciones particulares de este contrato>>”. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *El contrato de...*, op. cit., p.68.

⁴³ forma GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *Contrato de factoring...*, op. cit., pp. 47-48; DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p.60. Como afirma esta autora: “El tipo de interés aplicado a estos anticipos por el factor se fija mediante negociación con el cliente, estableciendo una cláusula de revisión para adaptarlos al mercado financiero a corto plazo”.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *Contrato de factoring...*, op. cit., p. 48.

contrato singular para realizarse y desplegarse bajo modalidades diversas y mudables y, en consecuencia, para permitir que el mismo empresario pueda obtener servicios distintos respecto de los créditos transmitidos, según sus necesidades y el criterio de la sociedad de factoring”⁴⁵.

Así pues, dependiendo de las funciones que realice la empresa de *factoring* en el ámbito internacional y concretamente en el ámbito comunitario la ley aplicable será una u otra, puesto que como explicaremos en el epígrafe correspondiente el prestador característico podrá cambiar, ya que al entender a este como el sujeto que lleva a cabo la prestación más compleja tendríamos que determinar hasta qué punto esta es la transmisión del crédito, se aplicaría en este caso la Ley de la residencia habitual del cedente, o en su caso la ley del lugar de administración principal de la empresa de *factoring* por ser el sujeto que realiza la prestación más compleja.

Como hemos ido comentando a lo largo de estas páginas, en la práctica internacional cuando se traspasan las fronteras nacionales determinar lo anterior se complica mucho más, puesto que puede suceder, que el cedente quiera que intervengan varios factores, es lo que se conoce bajo la denominación *two factor sytem*. En estos casos, la empresa exportadora (acreedora) y la importadora de la mercancía (deudora) se enfrentan a numerosas barreras comerciales (idioma, las diferentes costumbres comerciales o legislaciones) teniendo que acudir a la empresa de *factoring* como empresa especializada en ese concreto sector. Tendremos un contrato donde existen numerosos elementos que internacionalizan la situación. Nos encontramos así pues con un contrato sumamente especial derivado de los siguientes rasgos⁴⁶:

En este supuesto, debemos entender que el contrato tiene su origen en el hecho del conjunto de servicios que el Factor presta en detrimento de la empresa exportadora⁴⁷. Por otro lado, nos encontramos ante un contrato de “*factoring*

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *Contrato de factoring...*, op. cit., p. 51.

⁴⁶ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Ángeles., El contrato de *factoring*” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis., *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 982; ID., “Contrato internacional...”, op. cit., p. 304.

⁴⁷ *Ibidem*, aunque será objeto de estudio en posteriores páginas cuando tratemos de los tipos de *factoring*, podemos adelantar que en estos casos de *two Factors sytems*, en la mayoría de las ocasiones nos encontraremos ante un contrato de *factoring* sin recurso donde el *factor* asume el riesgo de insolvencia de los deudores de su cliente, ya que en estos casos tanto la función de garantía, como la de administración y en su caso el posible cobro es fundamental.

exportación⁴⁸” en el que aumenta el número de sujetos intervinientes. Como ya hemos comentado a lo largo de este capítulo, en este tipo de contrato existirán dos tipos de *factores*, en primer lugar el factor del país del cliente (vendedor-exportador); es decir el factor exportador⁴⁹, el cual contrata con este y responderá de la prestación del contrato de *factoring*. Además nos encontraremos con la empresa de *factoring* del país del deudor (comprador-importador) que se conocerá como factor importador⁵⁰, que actuará como mediador entre el *factor* exportador (para realizar la gestión de cobro de los deudores y en su caso realizar un estudio de las posibilidades de cobro) y el factor importador, puesto que la cesión siempre se realizará a favor de este último. Las partes en la mayoría de las ocasiones establecerán una cláusula en el contrato en virtud de la cual pactan que el contrato se haga en el idioma del país en que residan factor y deudor. En este tipo de contratos, el factor importador responderá frente al factor exportador y este frente al cliente⁵¹.

En definitiva el funcionamiento es el siguiente: el cliente acude a una empresa de *factoring* de su país para que le gestione el cobro de unos determinados créditos en otro u otros Estados. En este momento esa concreta empresa de *factoring* (factor exportador) se da cuenta de las grandes barreras con las que se encuentra al tener que “invadir” el mercado de otro Estado para realizar el cobro de los créditos, decide contratar a otra empresa de *factoring* situada en el país del deudor o de los deudores, es lo que se conoce como factor importador. Este último valorará la posible solvencia de los deudores puesto que intervendrá en un mercado que conoce de sobra al ser su mercado nacional y asume el riesgo de la operación frente al factor exportador quien lo asume frente al cliente. En definitiva, es el factor de importación el que en última instancia va a garantizar el cobro de los créditos siempre y cuando los hubiera aprobado en función de la solvencia de los deudores⁵².

En definitiva, en relación con los contratos de las partes, podemos establecer lo siguiente: El contrato entre el factor importador y el factor exportador es “un acuerdo de mutua colaboración, generalmente dentro de grandes asociaciones internacionales de

⁴⁸ Denominación acuñada por SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 110.

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ *Ibidem*

⁵² *Ibidem*, p. 111.

Factores conocidos por <<Cadenas>>, que regulan las normas de funcionamiento y de arbitraje en caso de conflictos entre ellos”⁵³. Las cláusulas más importantes que suelen incluirse entre ellos son las siguientes: en primer lugar pactarán la obligación de transmisión de todos los créditos que recaigan sobre los deudores de sus respectivos países en definitiva, pactarán una cláusula de exclusividad; por otro lado también podrán realizar un pacto de existencia de los créditos transferidos; en tercer lugar deberán estar de acuerdo en relación con la comisión debida; en cuarto lugar deberán determinar el reparto del gasto y en último lugar podrán pactar que en caso de litigio conozca del asunto un tribunal arbitral⁵⁴.

El otro contrato se llevará a cabo entre la empresa exportadora y el *export factor* sobre el contrato de *factoring* previamente establecido. Nos encontraríamos por lo tanto, ante un contrato de *factoring* semejante a un interno con determinadas cláusulas previamente fijadas por “el acuerdo *interfactors*”. Es el contrato con el que se produce propiamente la cesión de créditos y por lo tanto en el que únicamente aparece la empresa exportadora como *export factor*, llevando a cabo las mismas funciones que un contrato de *factoring* interno de cara al cliente⁵⁵.

Todos los supuestos anteriores son los contratos de *factoring* más habituales en la práctica, no obstante debemos mencionar que pueden existir otras posibilidades como podrían ser: *direct import Factoring* en este caso nos encontramos ante un contrato de *factoring* directamente realizado entre la empresa exportadora y el factor del Estado de la empresa importadora (*import factor*); también podemos encontrarnos el supuesto contrario; es decir el *direct export Factoring* en el que como su propio nombre indica,

⁵³ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Ángeles., El contrato de *factoring*” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis., *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 983; ID., “Contrato internacional...”, op. cit., p. 304. Compartimos la idea de esta autora la entender que la mejor forma que tiene una empresa de *factoring* internacional de contratar con otra empresa de *factoring* situada en el país del domicilio del deudor es a través de las asociaciones internacionales de *factores* conocidas como “Cadenas”. Las cuales será objeto de estudio en epígrafes posteriores dentro de este capítulo. Haremos especialmente referencia a la *Factor Chains Internacional*. Lo anterior no impide como indica SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 111 que “para el exportador, este procedimiento hará que su transacción se parezca a una venta interior, orillando las dificultades derivadas de la internacionalización de sus operaciones de venta”. Lo anterior es admisible derivado del hecho de que todas las relaciones entre las dos empresas se harán en el mismo idioma y se regularán por el mismo ordenamiento.

⁵⁴ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Ángeles., El contrato de *factoring*” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis., *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 983; ID., “Contrato internacional...”, op. cit., p. 305. La citada autora indica que en la mayoría de las ocasiones, estos supuestos serán resueltos por la Cámara de Comercio internacional.

⁵⁵ *Ibidem*

en el que la empresa exportadora contrata directamente con el deudor sin necesidad de ningún acuerdo específico con el factor importador o como mucho utilizará un agente comercial. Por lo tanto, importante en este tipo de contratos de *factoring* será el país del factor en base al cual se determinará la mayoría de la operación⁵⁶.

Todo el planteamiento anterior nos sirve para extraer una conclusión ya explicada al comienzo del capítulo: la transmisión o cesión del crédito es el hilo conductor del contrato de *factoring*⁵⁷. El problema en estos casos vendrá determinado por la propia complejidad del contrato de cesión de créditos puesto que la transmisión también afectará a personas ajenas al propio contrato como son el propio deudor y los terceros ajenos a la relación jurídica.

3.2 Tipos de *factoring*

En las anteriores páginas hemos explicado que dependiendo del tipo de venta y en definitiva del lugar donde esta se realice podemos encontrarnos ante un contrato de “*factoring* doméstico o nacional o de importación”. Sin embargo, podrán realizarse nuevas clasificaciones en función de las garantías que asuma el *factor* o empresa especializada. Luego nos encontraremos ante diferentes tipos del contrato de *factoring* dependiendo de las funciones que asuma el factor o empresa especializada de cobro. Podemos hablar de un contrato de *factoring* de préstamo, de garantía de descuento de financiación, de compraventa⁵⁸... Por ello, como señala nuestra jurisprudencia

⁵⁶ *Ibidem*, podemos adelantar, pues será objeto de estudio en las posteriores páginas de este capítulo, que será el criterio que siga la Convención de Ottawa sobre *Factoring* internacional, al entender que el contrato será internacional si los créditos son internacionales (art. 2)

⁵⁷ Como explicábamos al comienzo de este capítulo, a lo largo del estudio del contrato de *factoring* debemos tener en cuenta una idea: este contrato tiene su fundamenta en el contrato de cesión de créditos.

⁵⁸ De forma coincidente con nuestro planteamiento RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “El *factoring* internacional...”, op. cit., p. 609. Dicha posibilidad ha sido fruto de la jurisprudencia. Vid entre otras: STS de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003/938) en cuyo fundamento de derecho segundo se establece que: “El contrato de «factoring», que se califica como atípico, mixto y complejo, está destinado a cumplir diversas finalidades económicas y jurídicas del empresario mediante una sociedad especializada, que se integran en variadas funciones de ésta, como son principalmente la administrativa o de gestión –la sociedad se encarga de cobrar el crédito y posibilita que el cliente prescindir de los medios y gastos burocráticos que tal actividad lleva consigo–, la de garantía –la sociedad, siempre que se cumplan determinadas condiciones delimitadas en el contrato, asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido– y de financiación –entre las prestaciones ofrecidas por la sociedad se encuentra con frecuencia la de anticipar el importe de los créditos transmitidos al empresario para procurarle una situación de liquidez–, a las que, a veces, se unen otros servicios complementarios, como la contabilidad de ventas, la realización de estudios de mercado, la investigación y selección de clientela, etcétera.

La doctrina admite dos modalidades de este contrato: a) el «factoring» con recurso o impropio, en que los servicios del factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente, y en la

derivado del hecho de la atipicidad del contrato de *factoring* y de la diversidad de funciones que puede asumir el factor, no será posible asumir un concepto uniforme en relación con este contrato y por ende todo dependerá de la práctica concreta⁵⁹.

En líneas generales podemos diferenciar los siguientes tipos de *factoring*: En primer lugar debemos hacer una división en función de quien asuma el riesgo de la operación⁶⁰. En ese caso se podrá distinguir entre “*factoring* con recurso o *factoring* impropio” o también llamado “*factoring* con regreso”, en este tipo de *factoring* el riesgo de la operación lo sufre el cliente. En estos casos se entiende que cuando el factor no pudiera cobrar alguna de las facturas tendrá la posibilidad de ejercer una acción de regreso frente al exportador ya que en estos casos el cliente es el que asume la solvencia o no solvencia. Por eso, este tipo de contrato sólo se llevara a cabo en la práctica internacional cuando los clientes tengan la solvencia prácticamente garantizada. En la mayoría de las ocasiones junto con los servicios de administración, se pacta en el contrato la realización de servicios de gestión y cobro tanto de los correspondientes pagos como de los posibles anticipos existentes⁶¹.

El problema de este tipo de funciones en relación con el contrato de *factoring* se presentará en los supuestos en los que la empresa especializada simplemente realice la función administrativa o de gestión de los créditos y no lleve a cabo ninguna otra función adicional⁶². Estamos haciendo referencia al tipo de *factoring* más sencillo y “el más generalizado” en la práctica⁶³. En estos supuestos en los que en el contrato de

financiación mediante el anticipo de todo o parte de su importe; y b) el «*factoring*» sin recurso o propio, donde, a los servicios que caracterizan al «*factoring*» con recurso, se incorpora otro de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, que va del empresario al factor, de forma que producida la insolvencia en los términos pactados en el contrato de «*factoring*», no recae sobre el cedente sino sobre el cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados. Otra clasificación doctrinal del contrato de «*factoring*» distingue entre el configurado por las partes como contrato marco o preliminar de futuras cesiones de créditos a realizar en ejecución de aquél, y el relativo a la cesión global y anticipada de créditos futuros”.

⁵⁹ Como analizaremos a continuación, en esta sentencia nos encontramos ante un supuesto de “contrato de *factoring* de descuento con recurso y con financiación” y por lo tanto una compraventa de créditos o un préstamo, ya que la cesión de los mismos en este contrato supone la transmisión plena de la titularidad de los mismos. STS de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003/938) fundamento de derecho segundo p. 5.

⁶⁰ Dicho supuesto se ha ido analizando a lo largo de todo el epígrafe 2 de este capítulo.

⁶¹ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La cesión de créditos...”, op. cit., pp. 84-85.

⁶² Podemos entender que en la concreta práctica junto con la gestión de cobro de los créditos, en la mayoría de las ocasiones, el factor anticipa al exportador un porcentaje del importe total de las facturas; como afirma SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 85 “Normalmente, el 70%-90% de dicho importe” y “sólo abona el resto una vez cobradas”.

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *El contrato de factoring...*, op. cit., p. 115.

factoring se pacte solo esta función y ni siquiera la empresa especializada tuviera que realizar un anticipo del importe de los créditos; ni asuma el riesgo en caso de impago de los mismos (*factoring* con recurso); podemos entender que verdaderamente no se produce una transmisión de créditos y en su caso un cambio en la titularidad de los mismos, simplemente nos encontraríamos ante una “simple comisión de cobro, incapaz por sí misma de afectar a la titularidad del crédito”. En estos supuestos, la sociedad especializada o empresa de *factoring* se limita a gestionar y en su caso cobrar las cantidades que son adeudadas al empresario, nos encontramos ante una simple autorización para cobrar unos créditos y por ello no existe una cesión plena del crédito⁶⁴.

Lo más lógico será aplicar a este tipo de contrato de *factoring* las normas relativas al contrato de mandato o en su caso de la comisión ya que en estas ocasiones no se produce una verdadera transmisión del crédito, los créditos seguirán formando parte del patrimonio del empresario o cedente y en ningún momento habrán sido transmitidos a la empresa especializada de *factoring*.

En segundo lugar, podemos enfrentarnos a un “*factoring* sin recurso o *factoring* propio” también denominado “*factoring* sin regreso”; en este tipo de contrato a diferencia del anterior el riesgo de la operación lo asume el *factor* o empresa especializada. La empresa de *factoring* amplía las funciones a realizar, ya no sólo tendrá que realizar una función de gestión, sino que también tendrá que realizar funciones de financiación y de seguro o caución de los créditos entre otras⁶⁵. En estos casos como la empresa de *factoring* será la que asuma a partir de la celebración del contrato el riesgo de impago, podemos afirmar que nos encontramos ante una verdadera transmisión del

⁶⁴ *Ibidem*, de igual forma EIZAGUIRRE BERMEJO, José María., “Aspectos jurídicos del *factoring*”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, AÑO N° 10, N° 40, 1990, p. 848:“(E)n nuestro sistema, por razón de su causalidad, no caben cesiones puramente fiduciarias de créditos, cuando el factor se ocupa del cobro de los créditos sin asumir el riesgo de la insolvencia del deudor (...) ni anticipar su importe, la titularidad de los créditos permanece en el cliente, razón por la que no puede hablarse de cesión, sino de simple *autorización para el cobro*”.

⁶⁵ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 85. Como señala este autor: “Como entidad financiera, anticipa fondos y realiza la gestión de cobros; como compañía aseguradora cubre el riesgo de impago comercial; como sociedad de informes, obtiene información fidedigna y actualizada de los clientes del exportador; como gestoría administrativa, lleva la contabilidad de los cobros del exportador; confecciona estadísticas, etc., y como gabinete jurídico, se ocupa de cobrar los impagados, si se produjeran”. Con especial atención a la nota al pie número 17 donde se indica la información que tiene que facilitar la empresa de *factoring* para que se pueda llevar a cabo el contrato “cuentas, balances de resultados, volumen de ventas...”.

crédito puesto que existe un verdadero cambio de titularidad⁶⁶. Cuando el traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido del empresario a la sociedad especializada de *factoring* se lleve a cabo a través del intercambio del crédito o créditos por un determinado precio, podríamos hablar de una compraventa propiamente dicha del artículo 1.455 del C.c⁶⁷. La causa del contrato de cesión para este supuesto vendría determinada para el empresario por el importe que recibe o espera recibir, siendo además causa de la transmisión patrimonial a la que queda obligado el empresario, es decir la entrega del crédito. Luego con este tipo de contrato de *factoring* se cubren los supuestos ordinarios de cesión de créditos⁶⁸.

3.3 La ley aplicable al contrato internacional de *factoring*: la determinación del prestador característico

Todo lo anterior tiene sentido cuando encuadramos el contrato de *factoring* dentro del comercio internacional, en estos casos las partes más previsoras antes de la celebración del contrato querrán conocer de antemano cuáles serían los tribunales competentes en caso de litigio, la legislación aplicable a ese litigio y en su caso el posible reconocimiento y ejecución de la sentencia. Todo lo cual nos lleva a tener que volver a los planteamientos realizados en los capítulos anteriores⁶⁹. Concretamente en el artículo 4.2 del Reglamento 593/2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales donde se indicaba que en defecto de elección de Ley por las partes, el contrato se regirá por la Ley de la residencia habitual del prestador característico; y como hemos desarrollado en un capítulo anterior, lo más lógico será entender que el prestador característico es el sujeto que realiza la prestación más compleja. Lo cual nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión: En este tipo de contratos de *factoring* ¿El prestador característico seguirá siendo el cedente o empresa que cede los créditos o por el contrario será el factor o empresa especializada en el cobro de los créditos? A nuestro juicio lo más lógico es entender que el sujeto que realiza las prestaciones más compleja

⁶⁶ De igual forma Vid. ⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *El contrato de factoring...*, op. cit., p. 122.

⁶⁷ *Ibidem*. Ya que en este caso nos encontramos con que “uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 124. Por eso al comienzo del capítulo indicamos que el contrato de *factoring* tiene fundamentación jurídica en el contrato de cesión de créditos.

⁶⁹ Concretamente al Capítulo II donde explicábamos el Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; así como el Capítulo IV donde detallábamos el funcionamiento del Reglamento 593/2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

es la empresa de *factoring* y por ello la Ley aplicable al contrato será la Ley del lugar de residencia habitual en este caso de establecimiento principal de la empresa de *factoring* siempre y cuando esta empresa lleve a cabo varias funciones a parte de la función administrativa propiamente dicha⁷⁰. No existirían problemas para entender lo anterior en relación con un contrato de *factoring* con recurso en el que la empresa especializada realice tanto funciones de financiación como de descuento de los posibles créditos. Ya que la empresa de *factoring* no sólo proporciona un anticipo de los créditos, sino que existirá una disminución de los intereses y en su caso de las posibles comisiones, donde se produce una verdadera transmisión de los créditos ya que salen del patrimonio de su titular, surgiendo por otro lado una obligación de restitución de las sumas pagadas en el supuesto en el que el crédito no llegue nunca a cobrarse⁷¹. De nuevo, podíamos entender que el contrato de *factoring* con financiación y con recurso podría quedar subsumido bajo la categoría jurídica del contrato de compraventa, puesto que nos encontramos ante un intercambio de cosa, en nuestro caso el crédito, por dinero⁷². No obstante lo anterior, podríamos encontrar problemas en relación con la forma de pago de las sociedades de *factoring* ya que, en la mayoría de los casos el pago a las sociedades de *factoring* también se lleva a cabo a través de los intereses de las cantidades previamente anticipadas al empresario y no solo por la deducción de las comisiones previamente establecidas en el contrato⁷³. Lo anterior quedaría solventado entendiendo las cantidades adelantadas por las empresas de *factoring* como una mera contraprestación a cambio de la adquisición de los créditos. Concibiendo los intereses como “una simple técnica o

⁷⁰ A favor del planteamiento anterior y con gran acierto Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “El Factoring internacional...”, op. cit., pp. 613-614. En contra de lo anterior SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Mercedes., “Contrato internacional...”, op. cit., p. 311 donde indica a nuestro juicio con gran desacierto: “Siendo la prestación característica en el contrato de *factoring* la transmisión de los créditos, la Ley aplicable a este contrato es la del país de la sede del establecimiento del cedente”. No obstante lo anterior, compartimos la opinión de la autora al entender que en el contrato de *factoring* más utilizado en la práctica internacional, donde existen dos factores, estamos haciendo referencia al supuesto de “*Two Factors System*” en definitiva, donde el cliente contrata con un Factor del país de exportación “*Factor Export*”; la Ley aplicable será la “Ley del país del establecimiento del Factor (...)”

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *El contrato de factoring...*, op. cit., p. 122.

⁷² *Ibidem*, p. 154. Como indica este autor: “Es claro también que la obligación en que se encuentra el empresario de restituir las cantidades anticipadas en los supuestos de falta de pago del deudor cedido y la correlativa obligación de la entidad de factoring de retroceder el crédito impagado al empresario no reflejan sino los efectos de la extinción o resolución de la relación jurídica de compraventa (...), por no haber cumplido el crédito con la presuposición a la que la sociedad de factoring vinculó y condicionó su consentimiento contractual y la que tuvo presente a la hora de fijar la remuneración exigida”.

⁷³ *Ibidem*, “El hecho de que la remuneración percibida por la entidad de factoring se anude así en cierta medida al período de tiempo durante el cual disfrute el empresario de las sumas adelantadas y al propio plazo de vencimiento del crédito cedido ha sido considerado incompatible con la estructura de una auténtica compraventa y como indicativo, por el contrario, de la existencia de un préstamo u operación de crédito”.

fórmula para calcular el precio de la venta, que se fijaría así descontando los intereses devengados –junto a las eventuales comisiones- del valor nominal del crédito”⁷⁴. Por lo cual, no existiría ningún problema de cara a equiparar el esquema negocial del *factoring* con recurso y con financiación bajo la categoría jurídica del contrato de compraventa⁷⁵.

Todo lo anterior nos sirve de base a la hora de establecer la siguiente conclusión: Cuando nos encontremos ante un contrato de cesión de créditos propiamente dicho, en el que se produce una transmisión de la titularidad de los créditos cedidos y por lo tanto, el cesionario se subroga en la posición del deudor; en estos supuestos la Ley aplicable será la Ley de la residencia habitual del prestador característico del contrato que origina la cesión (estamos haciendo referencia tanto al contrato entre el cedente y el cesionario, como el contrato entre el cesionario y el deudor) Luego en estos supuestos pueden plantearse dos hipótesis: Todas las cuestiones relacionadas con el contrato entre el cedente y el cesionario serán reguladas por la Ley aplicable a dicho contrato, por el contrario, cuando existe una subrogación y el cesionario pasa a ocupar la posición jurídica del cedente, lo más lógico será que a las relaciones jurídicas entre el cesionario y el deudor se aplique la ley del contrato base que ha originado la cesión propiamente dicha⁷⁶.

No obstante el planteamiento preliminar realizado (la cesión de créditos es el contrato origen del contrato de *factoring*); en ocasiones puede pasar a un segundo plano e incluso en específicos contratos de *factoring* ni siquiera existe un contrato de cesión de créditos configurado como lo venimos entendiendo a lo largo de nuestro estudio, es decir como aquel contrato donde se transmite la titularidad de los créditos cedidos. Estamos haciendo referencia a aquellos supuestos en los que el factor simplemente se compromete a llevar a cabo la gestión de cobro de créditos o cuando el factor simplemente se convierte en gestor de los mismos y por ello realiza funciones contables. En estos casos no hay transmisión de la titularidad de los créditos; el factor tiene en su poder los créditos para realizar las funciones propiamente dichas pero tiene

⁷⁴ *Ibidem*, p. 159.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “El Factoring internacional...”, op. cit., p. 613.

la titularidad de los mismos, en estos casos la cesión de créditos se lleva a cabo como una formalidad necesaria para el buen término del contrato⁷⁷.

En determinados supuestos, la concreta práctica internacional da un giro adicional a todos nuestros planteamientos cuando nos encontramos con los siguiente supuestos: Cuando en el contrato de *factoring* existen dos factores, estamos haciendo referencia a los supuestos de *Two Factor Sytems*; o los contratos en los que el factor será el cesionario de los créditos bien al contratar con otro nuevo factor en el país donde se deban cobrar los créditos, o bien porque asuma la función de financiación del cedente o incluso porque junto con la función anterior corra con el riesgo de insolvencia de los deudores, en definitiva asuma un contrato de *factoring* sin recurso. En estos casos sí que nos encontramos ante un contrato en el que existe un verdadero cambio en la titularidad del crédito, sin embargo “el acto consistente en ceder los créditos no es más que un instrumento en este contrato”⁷⁸. La cesión de créditos en estos casos se realiza simplemente como medio a través del cual las partes pueden cumplir con sus obligaciones, no estaríamos por ello ante un elemento imprescindible en el mismo sino que simplemente sería necesario para que el contrato tuviera absoluta validez jurídica. A partir de ese momento el proveedor, tendrá que pagar al factor por los servicios realizados. Todo lo anterior nos lleva a extraer la siguiente conclusión, en unos específicos contratos de *factoring* internacional, la obligación que sirve de base a la demanda y por lo tanto la obligación principal no es la cesión de créditos propiamente dicha, sino las concretas obligaciones asumidas por el factor ya que son las funciones por la que el proveedor le deberá el dinero.

Como hemos indicado anteriormente si las partes no hubieran pactado de antemano la ley aplicable a su contrato internacional de *factoring* y siempre y cuando nos encontráramos con un litigio en el que todos los datos del caso estuvieran conectados con el ámbito comunitario, se aplicaría el Reglamento 1215/2013 y más concretamente su artículo 4.2 donde se establece que la Ley aplicable será la de la residencia habitual del prestador característico, entendiendo por tal en estos casos el factor y no el cedente

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ *Ibidem*

aplicándose en última instancia la Ley del establecimiento principal del factor⁷⁹. Como explicábamos en el tema correspondiente a la Ley aplicable, el Considerando 19 del Reglamento Roma I indica que la prestación característica debe ser determinada en “función de su centro de gravedad” en definitiva valorando las “prestaciones más complejas”⁸⁰. Como hemos indicado a lo largo del presente capítulo no es del todo correcto calificar la relación acreedor-cedente como la más compleja y por ende el prestador característico, puesto que en determinados contratos de *factoring* es prácticamente imposible determinar cual es la prestación más compleja e incluso en ocasiones se produce que a pesar de que de los datos del supuesto concreto se hubiera determinado cuál es la prestación más compleja pueden continuar los problemas cuando es muy difícil determinar donde está el lugar de la administración principal de la empresa⁸¹.

Si tras analizar los datos del caso en concreto, los operadores observan que es prácticamente imposible determinar la prestación característica (siendo además necesario que nos encontráramos ante un contrato de los expresamente mencionados en la lista de 8) y siendo además imprescindible que las partes no hubieran hecho uso de su derecho de elección de Ley se podía recurrir para ese concreto contrato (en nuestro caso contrato de *factoring*) a la presunción contenida en el artículo 4.4 del Reglamento Roma

⁷⁹ Con gran maestría RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “El Factoring internacional...”, op. cit., pp. 613-614: “en este caso no sería un elemento formal necesario-como en el caso anterior-sería una condición sustancial necesaria para el perfeccionamiento del contrato. Se trataría de un presupuesto para que el contrato esté perfeccionado y se proceda a cumplir con su contenido. En realidad, una vez cumplido el trámite de la cesión de los créditos, el proveedor se encarga de pagar por los servicios prestados por el factor, servicios consistentes en anticiparle el dinero de los créditos-y luego cobrar él los mismos, o intentarlo al menos-o en esperar a que el deudor pague y, sino paga, asumir él el riesgo de insolvencia pagando en su lugar al cedente”.

“Por lo anterior, hemos concluido en este trabajo que la prestación característica en los contratos de *factoring* internacional no es la cesión de créditos, sino las funciones que desarrolla el factor, sean las que sean, ya que, a cambio del cumplimiento de las mismas, el proveedor se encarga de pagarle la cantidad de dinero convenida”. Sin embargo, no compartimos con carácter absoluto y de forma tajante el último planteamiento de la profesora RODRÍGUEZ RODRIGO; al entender que en todos los contratos de *factoring* el factor va a ser siempre el prestador característico, sino que todo dependerá del tipo de funciones que lleve a cabo, en definitiva si el factor simplemente se convirtiera en una especie de “asesor” o sólo se dedicara a llevar la “contabilidad” y por lo tanto no asumiera funciones de gestión de cobro, de anticipo y en su caso de financiación; lo más apropiado sería seguir entendiendo que el prestador característico es el cedente y por ende, la Ley aplicable al contrato sería la Ley de la residencia habitual de este último.

⁸⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho internacional...*, op. cit., pp. 571-572.

⁸¹ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 43 donde la citada autora con gran maestría establece que: “El contrato de *factoring* es siempre un contrato oneroso con coste para el cedente (...) se comprende que la *opinio juris* patria y extranjera considera a las funciones del cesionario como las prestaciones características y, en correlación al facto-cesionario como el prestador característico”.

I en virtud de la cual el contrato se regirá por la Ley del país con la que presente los vínculos más estrechos.

También podemos encontrarnos con la hipótesis inversa, es decir, que sí existiera prestación característica y sin embargo, del conjunto de elementos se desprende que el contrato (de *factoring*) tiene vínculos más estrechos con la Ley de otro país al que se llega por los artículo 4.1 y 4.2 del Reglamento entonces el contrato se regirá por la Ley de ese otro país, como se desprende del artículo 4.3 del texto internacional.

La estructura de jerarquía de los foros con sus reglas de cierre nos ayuda a que al final se acabe aplicando a un contrato de cesión de créditos las reglas del país más vinculado con el caso y por ello más cercano para las partes. Se exige cierta previsibilidad de la sentencia.

Como ya habíamos indicado anteriormente el Reglamento Roma I regula de forma expresa la cesión de créditos en el artículo 14. En su apartado primero indica la ley que va a regular el contrato de cesión, en definitiva que las relaciones entre el cedente y el cesionario se van a regular “por la ley que, en virtud del presente Reglamento, se aplique al contrato que les ligue”. Por lo tanto está haciendo referencia a los puntos de conexión anteriormente mencionados: arts. 4 y 4.2. El apartado segundo del artículo 14 establece que la Ley reguladora del crédito cedido regulará la transmisibilidad de los créditos, las relaciones entre el nuevo acreedor-cesionario y deudor, así como las condiciones de oponibilidad de la cesión y en su caso el carácter liberatorio o no de la prestación realizada por el deudor cedido⁸².

Por otro lado se puede establecer una nueva división en función del momento en el que se realiza el pago a favor del cliente, para este tipo de contrato existen tres opciones: en primer lugar puede suceder que las partes pacten el pago a vencimiento y por ello cuando se de una fecha determinada, en segundo lugar puede pactarse el pago al tiempo del cobro, en el que el factor pagará al cliente cuando se cumpla la fecha límite establecida; y en tercer lugar podrá pactarse en el contrato de *factoring* el pago al cobro

⁸² *Ibidem*

con el límite de los 90 días desde el vencimiento (dicha opción sólo será posible en el contrato de *factoring* sin recurso).

La última división a la que vamos hacer referencia, es aquella realizada en relación con la notificación del deudor, existen dos posibilidades: con notificación al deudor y sin notificación al deudor⁸³. Lo más habitual es que una vez que se ha realizado el contrato de *factoring* y antes de que el cliente transmita los créditos a la empresa especializada de gestión y cobro, comunique a sus deudores la transmisión de los créditos y en su caso la necesidad de pago al factor para poder quedar así liberados de su deuda, es lo que se conoce como “cláusula de cesión”⁸⁴.

Mayores problemas se plantean en la práctica concreta en relación con los terceros que en cierto pueden sentirse perjudicados por el contrato de *factoring*, ya que el contrato de *factoring* tiene efectos limitados, es decir sólo afectará a las partes que lo firman: cedente y empresa especializada o factor y en su caso frente al deudor siempre y cuando se cumplan con los requisitos que marca la ley⁸⁵. Lo anterior nos sirve para extraer el siguiente planteamiento: las cesiones de crédito no podrán oponerse a los sujetos que son ajenos a la relación jurídica, lo cual acarrea el inconveniente de que perjudica notablemente a las empresas de *factoring*. En la mayoría de las situaciones los contratos de *factoring* llevan aparejados la función de financiación y dicha función

⁸³ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. GALLARDO RODRÍGUEZ, José., “El factoring como figura...”, op. cit., p. 45. No podemos olvidar que como ya hemos adelantado en páginas anteriores, también podrá hacerse una nueva distinción dependiendo de si el contrato de *factoring* es interno o internacional. El primer caso se dará cuando todos los contactos del contrato estén situados en un único país, y el segundo supuesto tendrá cabida cuando el cliente y el deudor residan en diferentes países. Siendo de importación o de exportación dependiendo del lugar de establecimiento del factor. Igualmente Vid SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 87.

⁸⁴ GALLARDO RODRÍGUEZ, José., “El factoring como figura...”, op. cit., p. 47. Como indica este autor, las “cláusulas de cesión” vienen a indicar lo siguiente: “El pago de esta factura, para ser liberatorio, deberá efectuarse directamente a (Compañía de factoring), Banco....., cta.cte....., a quien hemos transmitido el crédito y, por ello, nos sustituye en el derecho a cobrarla en el marco de una relación de factoring”. Que se utilice una cláusula u otra dependerá del tipo de contrato de *factoring* con el que nos encontremos, como indica el autor anterior, si nos encontramos ante un contrato de *factoring* de exportación será necesario que la cláusula sea inscrita en el idioma del deudor y “sea facilitada por el factor importador (...)”. Por otro lado, para los supuestos concretos en los que el factor no tenga suficientes garantías de cobro por parte de los clientes, “puede firmarse un contrato, CON O SIN RECURSO, suprimiendo las dos citadas formalidades de NOTIFICACIÓN y encargándose el CLIENTE de la gestión de cobro, en nombre y por cuenta del FACTOR. Es lo que se conoce como contrato SIN NOTIFICACIÓN o SIN CONOCIMIENTO DEL DEUDOR; solamente en el supuesto de que el contrato fuese SIN RECURSO y transcurriese un plazo, previamente convenido, sin que el CLIENTE consiguiese el cobro del DEUDOR, se efectuaría la notificación a éste y el FACTOR continuaría con la gestión del cobro”. De nuevo compartimos la opinión de este autor al entender que lo más habitual en la práctica internacional son los contratos de *factoring* de exportación sin recurso y con notificación.

⁸⁵ Del mismo modo: DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., pp. 297-298.

llevará aparejado el riesgo de impago; es por ello la cesión del crédito el elemento más importante para garantizar el cobro de los anticipos que se hubieran realizado a favor del oportuno crédito en relación con los clientes. Luego la operación sólo se podrá llevar a cabo si se garantiza la oponibilidad de la cesión no sólo frente a los sujetos intervinientes en la misma sino también en relación a los terceros afectados por la transmisión⁸⁶.

Los problemas se plantean por el hecho de que los terceros son sujetos ajenos a la relación jurídica pero cuyos derechos pueden verse afectados por la transmisión del crédito y en su caso por la adquisición de la titularidad del mismo por parte del factor o empresa especializada de *factoring* y no perder así su posible derecho a reclamar. Luego la empresa de *factoring* al adquirir el crédito podrá entrar en colisión con el derecho que sobre el mismo tengan otros cesiones, cualquier acreedor cuyos derechos no hubieran sido cubiertos por el cedente. Por todo ello, cuando los operadores jurídicos especializados en la materia adquieran la titularidad del crédito deberán prever de antemano todas estas cuestiones y deducir correctamente el importe al que tienen derecho. Las dificultades quedarían solucionadas si existiera “cierta uniformidad” en la regulación de las reglas de prioridad en las legislaciones nacionales, sin embargo esto no sucede en la práctica concreta ya que las soluciones pasan por dar prioridad a la notificación realizada a favor del deudor y en otros supuestos lo verdaderamente relevante es la oportuna inscripción en el registro⁸⁷.

La cuestión anterior deberá quedar resuelta en atención a criterios que busquen cierto equilibrio entre las partes y por ende de nuevo en este punto cobra gran importancia la autonomía de la voluntad de las partes, los sujetos intervinientes deben actuar con buena fe y garantizar la seguridad jurídica; lo anterior sólo se consigue garantizando el principio de publicidad. Son las partes en muchas ocasiones las que incluyen en el contrato una cláusula en virtud de la cual garantizan que los créditos objeto de cesión no tienen ningún gravamen y en otros casos se comprometen a no realizar cesiones posteriores. Se solventarían así los problemas de cobro por la existencia de otros acreedores del cedente o del cesionario, puesto que el importe se podría reducir con independencia de que nos encontráramos ante un contrato de

⁸⁶ *Ibidem*, p. 298.

⁸⁷ *Ibidem*

factoring sin recurso. Sin embargo la citada cláusula no resolvería los problemas que se plantean en caso de un procedimiento de insolvencia del cedente. Todo hubiera quedado resuelto si los instrumentos internacionales en presencia hubieran sido más claros y más contundentes en esta materia⁸⁸.

El planteamiento anterior nos ha servido de base para tener unas nociones generales de lo que debe entenderse por contrato de *factoring* así como de los tipos de contrato de *factoring* que pueden darse en la práctica. A continuación desarrollaremos el instrumento internacional más importante que regula de forma expresa esta figura; para posteriormente analizar las diferencias existentes entre los diferentes instrumentos normativos; con independencia de que su ámbito de aplicación se circunscriba estrictamente al ámbito comunitario o al ámbito internacional. En última instancia y en defecto de reglamentación específica acudiremos a la regulación de la práctica internacional o autorregulación⁸⁹.

⁸⁸ *Ibidem*, como comprobaremos a lo largo de este capítulo el problema anterior no ha sido resuelto ni por el Convenio de Ottawa sobre *factoring* internacional ni por el Reglamento Roma I.

⁸⁹ A continuación mencionaremos brevemente los datos estadísticos más importantes proporcionados por las Asociación española de *factoring*. Vid. www.factoringasociacion.com (última actualización marzo 2015) En primer lugar debemos tener en cuenta que existe una distribución del contrato por sectores de actividad, para el año 2013 fue la siguiente: Industria Manufacturera ha ocupado un 24,28%, Hostelería: 2,56%; Transporte: 11,53%, Comercio: 17,63%, Construcción: 6,82%, Energía: 6,27%, Industria y Suministros médicos: 1,66%, Industria Extractiva: 1,15%; Pesca: 0,36%, Agricultura: 0,83% y Otros: 26,92%. En segundo lugar, destaca un dato muy importante se ha producido una disminución de las cesiones de créditos nacionales, ya que en el año 2008 se alcanzaron 49.244 millones de euros y el año 2013 sólo se alcanzaron 44.150. Lo contrario se produjo en relación con las cesiones internacionales, lo cual se plantea como un hecho lógico ya que estos contratos aumentan con el avance de las relaciones comerciales; en 2008 el volumen en millones de euros fue de 8.147 y en 2013 supuso 14.750; prácticamente se duplica. La postura anterior también se puede deducir en relación con el volumen de los contratos de *factoring* entre los principales países europeos, si nos fijamos en el año 2008 en Reino Unido el contrato ocupó un porcentaje de 10,36% pasando en 2013 a 16,14%, lo mismo sucede en Italia de 8,18% en 2008 se alcanza el 11,41% en 2013; en España del 9,70% en 2008, se alcanza 11,39% en 2013; en Francia del 6,93% al 9,73%; en Holanda del 5,03% al 8,62% y por último en Alemania del 4,27 % al 6,25% en 2013. Llama especialmente la atención como recurren a este tipo de contratos los países en los que las condiciones económicas son más complicadas y por lo tanto recurren a esta figura jurídica en unos casos por problemas de liquidez, en otros casos incluso para garantizar el cobro de la operación.

Otro dato muy importante a tener en cuenta en relación con el contrato de *factoring* en Europa es el aumento considerable que ha tenido (seguimos refiriéndonos al periodo comprendido entre 2008-2013) principalmente en relación con el *factoring* nacional puesto que se ha pasado de una cifra de 774.882 a 1.131.605 millones de euros. En relación con el *factoring* internacional éste ha evolucionado de 113.651 a 222.587 millones de euros. El aumento del *factoring* mundial en el citado periodo ha sido menor; internacional de 176.163 a 402.798 y nacional de 1.148.593 a 1.827.681 lo cual nos lleva a extraer una importante conclusión: la mayoría del *factoring* internacional que se realiza se hace en el territorio comunitario, lo anterior puede derivar del hecho de la uniformidad existente en las legislaciones que regulan la materia y sobre todo, puede derivar de la gran calidad técnica de los instrumentos comunitarios. Lo cual nos lleva a concluir de nuevo que si existe suficiente calidad técnica existe seguridad jurídica y por lo tanto se producirá un aumento de las transacciones comerciales.

4. El Tratado de Ottawa de 28 de mayo de 1988

Antes de comenzar con el estudio propiamente dicho del texto internacional, debemos tener en cuenta que nos encontramos ante el “texto internacional de mayor antigüedad sobre el *factoring* internacional”⁹⁰. Su proceso de elaboración, a semejanza de lo que ha sucedido con otros textos internacionales, no ha sido fácil puesto que sólo en febrero de 1974 el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado⁹¹ incluyó dentro de sus sesiones el estudio durante tres años consecutivos tanto de las cesiones de créditos como del contrato de *factoring*⁹². Se empieza a barajar a partir de ese momento la posibilidad de elaborar un texto internacional que en cierto modo resuelva el “caos” existente entre las diferentes normativas internas en la materia objeto de estudio. Tras la elaboración de varios textos⁹³, el 24 de abril de 1987 se elaboró finalmente un Proyecto de Convenio⁹⁴; posteriormente en agosto de 1987 surge un nuevo Proyecto de Convenio donde se añaden las normas finales⁹⁵.

Finalmente el texto de la Convención vio la luz el 28 de mayo de 1988 -junto con el Convenio sobre *leasing* internacional⁹⁶-. Como señala el propio Preámbulo de la Convención entre sus principales funciones derivado del hecho de la trascendental importancia del *factoring* en el comercio internacional, está la de adoptar normas de conflicto uniformes que agilicen el *factoring* internacional entre los Estados miembros, “manteniendo al mismo tiempo, un justo equilibrio entre los intereses de las distintas partes interesadas en operaciones de *factoring*⁹⁷”.

⁹⁰ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 145.

⁹¹ Como ya hemos indicado en otras ocasiones se le conocerá bajo el término UNIDROIT.

⁹² GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 35

⁹³ *Ibidem*. Como señala la citada autora, el primer texto “vería la luz en 1978. Tres anteproyectos se sucederían en 1981, 1982 y 1983.

⁹⁴ *Ibidem*, Vid en concreto la nota al pie número 144: “*Project de Convention sur l'affacturage international. Texte adopté par le comité d'UNIDROIT d'experts gouvernementaux chargé d'élaborer un Projet de Convention sur certains aspects du factoring international à sa troisième session* (Rome, 24 avril 1987) (Etude L VIII- Doc. 33)”

⁹⁵ *Ibidem*, concretamente en la nota al pie número 145: “*Project de dispositions finales qui pourraient éter incorporées dans le Projet de Convention sur l'affacturage international établi par un comité d'experts gouvernementaux d'UNIDROIT, avec commentaires explicatifs, préparé par la Secretariat d'UNIDROIT* (Août 1987) (Study LVIII-Doc. 34)”

⁹⁶ Vid. Convenio de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional de 1 de marzo de 1995. Vid en línea <http://www.unidroit.org> (última visualización enero 2015)

⁹⁷ Vid. Convenio de UNIDROIT sobre *factoring* internacional de 28 de mayo de 1988; texto en línea: <http://www.unidroit.org> (última visualización enero 2015)

Sin embargo, a pesar de que en la Conferencia diplomática en la que se aprobó este Convenio participaron más de cincuenta países, entre ellos España, no ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico⁹⁸.

En relación con la estructura de la Convención debemos mencionar que consta de un Preámbulo y 23 artículos ubicados en cuatro capítulos. El capítulo I regula el ámbito de aplicación y disposiciones generales abarcando los artículos 1 a 4; el capítulo II regula los derechos y obligaciones de las partes (artículos 5 a 10); el capítulo III es el destinado a regular las cesiones sucesivas (arts. 11-12) y por último el Capítulo IV establece las disposiciones finales (arts. 13-23)⁹⁹. A continuación analizaremos el articulado de la forma más pormenorizada posible.

4.1 Ámbito de aplicación y disposiciones generales

Como hemos indicado en el apartado anterior, los artículos 1 a 4 son destinados a regular el ámbito de aplicación y las disposiciones generales. El artículo 1 se divide en cuatro apartados. En el apartado primero se indica que la Convención será aplicable a los contratos de *factoring* y a las transferencias de créditos descritas en el Capítulo. En el apartado segundo se indica lo que debe entenderse por *factoring*, será aquel contrato celebrado entre un proveedor y una empresa de *factoring* en nuestro caso cesionario, en virtud del cual el proveedor cede los créditos que se originen tras la celebración de un contrato de compraventa de mercaderías realizado entre el proveedor y sus clientes

⁹⁸ De igual forma Vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles., “Contrato internacional de *factoring*...”, op. cit., p. 314. Antes de comenzar con el estudio del articulado de la Convención debemos traer a colación que los textos oficiales de la Convención se publicaron en inglés y en francés. Sin embargo, UNIDROIT realizó una traducción no oficial en 1989 en español la cual ha sido objeto de confrontación con el texto en inglés y en francés. Nos encontramos por lo tanto con una versión no oficial pero sí autorizada por UNIDROIT, Vid. 1583/DC8 realizada en Roma el 19 de abril de 1996. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. LABARIEGA VILLANUEVA., Pedro Alfonso., “La Convención de UNIDROIT sobre factoring internacional” en *Revista de derecho privado*, Año 7 número 19, enero-abril 1996, México, Mc Graw Hill, p. 106. Para un estudio en mayor profundidad Vid en línea <http://www.unidroit.org/status-1988-factoring> donde encontramos el *status map the UNIDROIT Convention on International factoring signatures and entry into force*. Signature: Estados Unidos de América (28-12-1990); Reino Unido (31-12-1990); Marruecos (4-07-1988); Guinea (28-05-1988); Ghana (28-05-1988); Tanzania (28-05-1988); República Checa (16-05-1990); Eslovaquia (16-05-1990); Filipinas (28-05-1988). Entry into force: Finlandia (30-11-1990); Nigeria (1-05-1995); Francia (1-05-1995); Italia (1-05-1995); Bélgica (1-10-2010); Hungría (1-12-1996); Alemania (1-12-1998); Ucrania (1-07-2007); Rusia (01-03-2015); Letonia (01-03-1998). Como podemos comprobar al analizar este mapa España no ha firmado la Convención, luego no es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico.

⁹⁹ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op.cit. p. 36.

(deudores); quedando fuera de regulación los supuestos de mercancías destinadas a uso personal, familiar o doméstico¹⁰⁰. En este momento observamos la gran labor realizada por la Convención de Ottawa al aportar dentro de su articulado un concepto autónomo e independiente de lo que deba entenderse por contrato de *factoring* al margen de las propias definiciones estatales¹⁰¹. “Meritorio es, al tiempo, el intento de reglamentar una figura que, aun siendo hoy atípica legalmente en muchos países- entre ellos, el español-, tiene tan alta acogida entre las empresas, sobre todo, de reducida dimensión”¹⁰².

En el apartado 2 b) del artículo 1 se establece que para que podamos hablar de *factoring* internacional y por ello para que la Convención sea aplicable, el cesionario deberá cumplir al menos dos de las cuatro funciones que enumera el apartado: función de financiación, incluyendo los supuestos de préstamos y anticipos; contabilidad de los créditos, cobro de los mismos o protección frente al supuesto de impago de los deudores¹⁰³. Cuando el cesionario asume las funciones de llevanza de la contabilidad y del cobro de los créditos, en cierto modo podemos entender que el contrato de *factoring* está cumpliendo con la función de “prestación de servicios”; por el contrario si el

¹⁰⁰ Podemos entender que el origen de la exclusión deriva del hecho de que la Convención acoge un concepto de contrato de *factoring* “puramente mercantil”. Tampoco serán objeto de regulación por el citado instrumento internacional los contratos celebrados con consumidores. No obstante lo anterior, podemos adelantarnos y afirmar que el concepto del contrato será amplio al tener cabida dentro del mismo los tanto los contrato de compraventa de mercaderías como de prestación de servicios (art. 1.3) De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp. 152-153.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “El factoring internacional...”, op. cit., p. 601: “De esta forma así definido, cualquier supuesto fáctico que reúna todos los requisitos que articulan el *factoring* en la Convención de Ottawa, quedarían regulados por esta Convención-siempre que se cumplan las condiciones de aplicabilidad de la misma-. La calificación autónoma es la forma más sencilla y más clara para determinar el Derecho aplicable a un caso internacional. Si bien, por otro lado, cuando se pretender realizar en el marco de un instrumento internacional, es difícil llevarla a cabo por la necesidad de poner de acuerdo en la definición a todas las partes intervinientes, cada una de las cuales con unos intereses y unas concepciones posiblemente diferentes”.

¹⁰² De igual forma: GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 37. De gran importancia en este punto son las reflexiones de SÁNCHEZ CALERO, Fernando., “El contrato de factoring...”, op. cit., , p. 21, donde indica que la “aprobación del Convenio sobre <<factoring>> internacional, a nuestro modo de ver, tiene, valor ejemplar para la futura tipificación legislativa de este contrato en el ámbito nacional, siendo de desear que no se produzcan diferencias en su régimen nacional e internacional. Cabe confiar que si se difunden las normas contenidas en el Convenio en el tráfico internacional, la uniformidad del régimen jurídico del contrato se mantenga también en las regulaciones específicas de cada uno de los países. Esta función del Convenio entendemos que es importante con independencia de su función propia, cual es la de facilitar el desarrollo de esta forma contractual en el comercio internacional. La ausencia de una disciplina legislativa del contrato de facturación dentro de nuestro ordenamiento, pues como se sabe en él sólo existen algunas disposiciones reglamentarias que aluden a las llamadas sociedades de factoring, hace que tenga interés exponer las líneas esenciales del régimen del contrato de facturación que ha acogido el Convenio”.

¹⁰³ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 37

cesionario, en nuestro caso factor asumiera la titularidad de los créditos y por ello realizara el pago anticipado de los mismos a favor del cedente e incluso en ocasiones asumiera también el riesgo de insolvencia del deudor, como el cedente prácticamente desaparece de la relación jurídica podríamos afirmar que nos encontramos en presencia de un contrato de cesión de créditos e incluso de un contrato de subrogación¹⁰⁴.

Mayores problemas se plantean con el análisis del apartado 2 c) del artículo 1, donde se indica una de las condiciones de aplicabilidad de la Convención; la operación de *factoring* internacional deberá ser notificada por escrito al deudor para que esta sea oponible. Por ello nos encontramos con un requisito que agrava el ámbito de aplicación material del instrumento internacional, así pues nos serán objeto de regulación por la misma los contratos de “*non notification factoring* en los cuales no se notifica a petición del cedente para no mostrar a los deudores debilidad económica”¹⁰⁵. Es en este momento cuando podemos afirmar que la Convención de Ottawa presenta ciertas debilidades o como señala un importante sector doctrinal: “las limitaciones son patentes desde la lectura de los dos primeros artículos que configuran la esfera de la aplicación material del Convenio (...)”¹⁰⁶. El tema de la notificación es cerrado en la Convención con el apartado 4 del artículo 1 donde indica lo que debe entenderse por notificación por escrito a efectos del texto internacional; se entenderá por tal: aquella que identifique a la

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana., “El factoring internacional...”, op. cit., pp. 599-600. No debemos pasar por alto las grandes diferencias que existen en relación con nuestro anteproyecto de Ley de Código Mercantil (estudiado específicamente en el Capítulo V); dichas funciones se recogen en la Sección Primera Capítulo VII, concretamente el artículo 577 en su apartado primero establece los requisitos que deben cumplir las cesiones financieras de créditos: El cedente debe ser un operador del mercado, los créditos cedidos deben ser parte de su actividad empresarial o profesional, el cesionario tendrá que ser una entidad de crédito, un fondo de titulización o una entidad que tenga patrimonio separado para adquirir créditos mercantiles. También será imprescindible que la cesión se realice por escrito y por lo tanto conste en ella su fecha de celebración; la quinta obligación consistía en que el cesionario pagara al cedente en plazos o al contado el importe íntegro de los créditos cedidos con la consiguiente deducción de los servicios pactados. Todo finaliza con la necesidad de que el cesionario certifique que ha abonado al cedente el importe (total o parcialmente) del crédito antes de la fecha de vencimiento, sin que existiera un acto en virtud del cual el cesionario respondiera de la solvencia del deudor frente al cedente.

¹⁰⁵ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 153; igualmente Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 36; DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional de factoring*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, pp. 153-154.

¹⁰⁶ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.36. Exigir un requisito tan riguroso de cara a garantizar la validez de un contrato de *factoring* no contribuye en absoluto a la agilización de este tipo de transacciones en el ámbito internacional, más bien al contrario. En este punto los redactaros del Convenio no estuvieron acertados al exigir la notificación de la cesión por escrito al deudor, en todo caso si hubieren entendido que la notificación de la cesión fuera imprescindible entendemos que el contrato de *factoring* podría ser válido con el simple hecho de que el deudor hubiera tenido conocimiento de la misma con independencia de que no hubiera sido notificado por escrito.

persona sin necesidad de firma, tendrá cabida “cualquier medio de comunicación susceptible de ser reproducido en forma tangible”. En todo caso se entenderá que el destinatario ha sido notificado por escrito cuando reciba la misma.

Si continuamos con el estudio de la Convención, el apartado 3 del artículo 1 indica que la misma será aplicable tanto a la compraventa de mercaderías como a la prestación de servicios. Como adelantábamos anteriormente, la Convención introduce un ámbito de aplicación material amplio al incluir dentro del contrato de *factoring* las prestaciones de servicios y no solo la compraventa de mercaderías¹⁰⁷.

Si el artículo 1 era elemental el 2 no lo es menos. Este artículo se divide en dos apartados en los que se delimita el ámbito de aplicación espacial, es decir el carácter internacional que deben tener los créditos cedidos. Será necesario que el contrato de compraventa de mercaderías se origine entre un proveedor y un deudor con establecimientos en diferentes Estados diferentes, el artículo se divide en el apartado a) y en el apartado b) siendo apartados alternativos: el apartado a) indica la obligatoriedad de que tanto esos Estados como el Estado del establecimiento del cesionario sean Estados contratantes. “Con esta previsión se acota en demasía el ámbito de aplicación territorial”¹⁰⁸. Por otro lado en defecto de lo anterior el apartado b) exige que tanto el contrato de compraventa de mercaderías como el de *factoring* se rijan por la ley de un Estado contratante. En definitiva, el contrato de *factoring* será internacional no por el propio contrato sino en función de su objeto, el crédito con origen en un contrato de compraventa de mercaderías¹⁰⁹. El problema que la Convención plantea en relación con la internacionalidad del supuesto es que sólo recoge el requisito de que el proveedor (en nuestro caso el cedente) y el deudor tengan establecimientos en diferentes Estados; por ello si no se cumpliese este requisito no será aplicable la misma con independencia de que existan otros elementos del contrato que internacionalicen la situación, como pudieran ser los establecimientos en distintos Estados del factor (cesionario) y en su caso el cedente, el lugar de ejecución del contrato, el lugar de prestación del

¹⁰⁷ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 153. De otro lado también compartimos la opinión de otro sector doctrinal al entender que “el requisito de que la cesión surja de un contrato de compraventa de mercaderías tiene por efecto excluir el mandato para el cobro de créditos de la noción de *factoring*”. Vid. LABARIEGA VILLANUEVA., Pedro Alfonso., “La Convención de Unidroit...”, op. cit., p. 110.

¹⁰⁸ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.37.

¹⁰⁹ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles., “Contrato internacional de *factoring*...”, op. cit., pp. 314-315.

servicio¹¹⁰...Entendemos que lo anterior -con gran desacierto- responde a “criterios económicos y no jurídicos” para evitar las posibles discrepancias existentes entre las diferentes legislaciones de los Estados parte de la misma y en última instancia sobreprotege en exceso al deudor¹¹¹.

El apartado segundo del artículo 2 resuelve los problemas muy habituales en la práctica de cara a determinar la internacionalidad del supuesto cuando existan varios establecimientos. La Convención recurre a una solución altamente conocida: se tendrá en cuenta el establecimiento “que guarde la relación más estrecha con el contrato en cuestión y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas y previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración de ese contrato o en el momento de su celebración”. Luego si en el supuesto concreto existen de cara a entender cual es el establecimiento a tener en cuenta, deberá acudirse a la “cláusula de los vínculos más estrechos” y por ello a aquel lugar que favorezca en mayor medida el cumplimiento del contrato de *factoring*. En este caso la propia Convención evita los problemas de conflicto móvil al fijar expresamente que el establecimiento será aquel existente antes de la celebración del contrato o en el momento de celebrarse este, nunca en un momento posterior¹¹².

¹¹⁰ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 37; la citada autora habla de una “aplicación directa” del Convenio en relación con el apartado a) y una “aplicación indirecta” con el apartado b) “cuando el contrato de *factoring* se rija por la ley de un Estado contratante”. Lo lógico será entender en estos casos que a pesar de que el Convenio no recoja expresamente ninguna referencia en relación con la internacionalidad debida al establecimiento del cliente y de la empresa de *factoring*, “su ámbito material también alcanza, por tanto, a contratos de *factoring* en los que cliente y factor estén establecidos en el mismo estado, siempre que el crédito sea internacional (contrato de *factoring* directo de exportación)”. Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 152.

¹¹¹ Del mismo modo Vid. LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso., “La Convención de Unidroit...”, op. cit., p. 110: “Se impone un criterio económico y no jurídico para evitar graves problemas, siguiendo así una tendencia expresada ya en otros documentos homólogos, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (artículo 1.1), la Convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías (art. 1 a). Con esto se descartan categorías jurídicas no siempre homólogas como (residencia, domicilio, sede legal, sede principal, etc)”. De igual forma Vid. REQUEJO ISIDRO, Marta., *La cesión de créditos...*, op. cit., p. 82 “(...) es por razones inherentes a la propia figura regulada y su utilidad económica, que se produce cuando el acreedor y el deudor en el contrato de compraventa (...) se encuentran en distintos Estados, y por lo tanto, se plantean problemas de idiomas, de dificultades de cobro, etc.”. La misma autora en la misma página, pero en relación con el deudor entiende que la citada limitación del ámbito de aplicación material de la Convención deriva del hecho de que “(...) se evita que la decisión de un acreedor de ceder sus créditos a una empresa extranjera de *factoring* coloque al deudor interno ante un régimen jurídico distinto sin su consentimiento”.

¹¹² De nuevo podemos comprobar gran unidad y diferentes similitudes existentes entre los instrumentos internacionales objeto de estudio con independencia de que su ámbito de aplicación sea internacional o estrictamente comunitario.

En todo caso y a pesar de que se cumplan todos los requisitos del artículo 2, el propio texto internacional en su artículo 3 permite que la misma sea excluida o bien por las propias partes del contrato de *factoring*, o por las partes de un contrato de compraventa de mercaderías para el supuesto de créditos que nacen en el momento en que se ha notificado por escrito la exclusión al cesionario o después. El único requisito exigido expresamente por el artículo 3 en su apartado segundo es la exclusión debe ser total, no se podrá excluir una concreta parte de la Convención¹¹³.

Terminamos el estudio de las disposiciones generales con el artículo 4, en el que se establece que para interpretar el texto internacional deberán tenerse en cuenta su objeto y sus propósitos, así como su carácter internacional y la necesidad de una aplicación uniforme. El propio artículo en su apartado primero establece como fin último garantizar la “buena fe en el comercio internacional”. En el apartado segundo se indica que en caso de duda en relación con alguna disposición de la Convención, deberán ser resueltos de conformidad con la aplicación de los principios generales que la inspiran y en defecto de lo anterior de conformidad con la ley aplicable al contrato de *factoring* determinada por las correspondientes normas de derecho internacional privado.

4.2 Derechos y obligaciones de las partes

Comenzamos el estudio de los derechos y obligaciones de las partes con el artículo 5. Nos encontramos ante un artículo elemental ya que en el apartado a) permite la existencia de créditos futuros con independencia de que no sean especificados individualmente en el contrato, siempre y cuando sean determinables bien en el momento de celebración del contrato o bien en el momento de nacimiento de los créditos. En el apartado b) del artículo se indica que en el caso en el que se transmitan

¹¹³ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 151. A nuestro juicio de nuevo nos encontramos con un “desacierto” de la Convención de Ottawa, puesto que como ocurre con otros textos internacional (Convención de Naciones Unidas sobre cesión de créditos o Convención de UNCITRAL de 2001) debería haberse admitido la posibilidad de excluir solamente una parte del articulado. No obstante lo anterior, compartimos el punto de vista de este autor al entender que lo anterior es “consecuencia de la necesidad de mantener la coherencia de una regulación diseñada desde una concepción unitaria de la misma, se aparta del Convenio de compraventa internacional de Mercaderías en la que las partes pueden excluir la totalidad de la Convención o cualquiera de sus disposiciones o efectos. La exclusión puede hacerse bien por el cedente y la empresa de *factoring*, se le niega al deudor la aplicación del texto uniforme, cuyas normas le protegen”. Como menciona el autor, las disposiciones contenidas en el artículo 3 pueden provocar el efecto contrario, en la práctica puede suceder que el deudor no tengan una certeza absoluta de las normas aplicables a su relación con el cesionario, ya que tanto el factor como el proveedor podrán excluir la aplicación de la misma.

créditos futuros, la transmisión tendrá lugar en el momento del nacimiento de los mismos. En definitiva, en virtud de la Convención de Ottawa las partes podrán realizar una cesión de créditos mercantiles internacionales con independencia de que sean individuales o globales, existentes o futuros; siendo el único requisito exigible que sean determinables¹¹⁴.

El artículo 6 en su apartado primero especifica que los pactos de cesión realizados entre el proveedor (cedente) y el cesionario tendrán efectos con independencia de que existiera un pacto previo entre el proveedor (cedente) y el deudor que impida la cesión¹¹⁵. En todo caso y como ya hemos analizado en el artículo 1 en su apartado cuarto, será necesaria la notificación por escrito al deudor. El apartado segundo, indica que el supuesto anterior tiene una excepción y por ello la cesión o transferencia del crédito no tendrá efectos en relación con el deudor, cuando el deudor tuviera su establecimiento en un Estado parte del Convenio que hubiera hecho una declaración de conformidad con el artículo 18 del Convenio¹¹⁶. Llegados a este punto debemos realizar una gran crítica al Convenio, si de lo que se trataba con la normativa internacional era crear normas de conflicto claras e uniformes en materia de *factoring* internacional, con este tipo de articulado no se consigue¹¹⁷.

¹¹⁴ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 153; GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 37; LABARIEGA VILLANUEVA., Pedro Alfonso., “La Convención de Unidroit...”, op. cit., p. 110; incluso para este último autor: “Conviene destacar un aspecto que quizá sea el más relevante en el texto de Unidroit. Nos referimos a la admisión expresa-con todas las consecuencias que se generan de tal configuración- de una cesión de créditos futuros (cesión global anticipada de créditos, cesión global *ex nunc* o con efectos reales –*antizipierte Glonalzassion*); siempre que el *factoring* indique los criterios para determinar los créditos cedidos y con la importante consecuencia, en cuanto a la eficacia traslativa de la cesión (transmisión automática), de la adquisición por el factor del crédito en el momento en que éste nazca (artículo 5, en relación con el artículo 3º) (factorización)”.

¹¹⁵ Del mismo modo Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 153. Otros autores entienden que nos encontramos ante un artículo “Particularmente importante para impulsar el desarrollo del *factoring* (...) – la cesión al factor será eficaz (principio básico) no obstante cualquier acuerdo (pudiera ser extracontractual) de incesibilidad (la no cesión) entre el proveedor y el deudor. (...) La incesibilidad convencional es irrelevante a los efectos de la transmisión del crédito (artículo 6º, 1), ya que su eficacia queda limitada a la exigencia de la oportuna responsabilidad del cedente por parte del tercero, ajeno a la transmisión, que pactó la incesibilidad (artículo 6º, 3)” Vid. LABARIEGA VILLANUEVA., Pedro Alfonso., “La Convención de Unidroit...”, op. cit., pp. 110-111.

¹¹⁶ En el citado artículo se indica que cualquier Estado contratante podrá declarar en cualquier momento, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 6 párrafo segundo que la cesión no tendrá efectos en relación con un deudor cuando al tiempo de celebrar el contrato de compraventa de mercaderías tenga su establecimiento en ese Estado.

¹¹⁷ La declaración contenida en el artículo 18 fue fruto de la falta de acuerdo entre los Estados. El grupo representante de EEUU estaba de acuerdo con la eliminación del citado artículo, sin embargo el grupo representado por Francia y por México decidió la inclusión del mismo en el texto final. Vid. LABARIEGA VILLANUEVA., Pedro Alfonso., “La Convención de Unidroit...”, op. cit., p.111.

Los problemas que puede suscitar este artículo son en relación con la empresa de *factoring*, puesto que a pesar de que esta hubiera anticipado el pago del crédito al proveedor, no recibirá el pago cuando el pacto de no cesión sea eficaz. Entendemos que este perjuicio no tiene razón de ser, ya que la transmisión o cesión de un crédito no supone variaciones sustanciales del contrato, en definitiva cuando el cedente o proveedor transmite un crédito no tiene porqué perjudicar al deudor. En todo caso, el único perjuicio que se podría producir sería que el deudor pagara al sujeto equivocado por error en la notificación. Pero nada más lejos de la realidad, puesto que la propia Convención de UNIDROIT establece de forma expresa en su artículo 1 apartado 4 al exigir la notificación por escrito. Si el deudor se negara a pagar a la empresa de *factoring* podría considerarse un acto de mala fe y por ende vulneraría las propias disposiciones contenidas en la Convención de Ottawa. De nuevo comprobamos como se cumple el principio fundamental que debe primar en toda operación de cesión o transmisión de créditos: la posición jurídica del deudor no puede verse agravada por las transmisión de los mismos. “Hace suponer que éste es la parte económicamente fuerte del contrato, siendo evidente que esta posición podría ser modificada si el comprador trata con la empresa de *factoring* en lugar de con el vendedor”. No obstante lo anterior, compartimos la opinión de un sector de la doctrina al entender que en ciertos casos la postura anterior puede beneficiar a “las grandes empresas importadoras de bienes y servicios que imponen en el mercado actual sus especiales condiciones a los exportadores”¹¹⁸.

El artículo 6 finaliza con el apartado tercero, donde se indica que el supuesto contenido en el párrafo primero no afectará a las obligaciones que el cedente o proveedor tuviera de buena fe en relación con el deudor; o incluso en relación a cualquier responsabilidad que tuviera el cedente o proveedor frente al deudor en relación a una cesión realizada contraviniendo los términos del contrato de compraventa de mercaderías.

Al seguir analizando el texto internacional nos damos cuenta de que en la Convención de UNIDROIT existen disposiciones que protegen de forma expresa la

¹¹⁸ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp. 155-156.

posición jurídica del factor. Estamos haciendo referencia a los artículos 7 y 8 de la Convención de Ottawa. En el artículo 7 se admite la posibilidad de que en un contrato de *factoring* las partes prevean la transferencia (por un nuevo acto o no) de la totalidad o de parte de los derechos del proveedor o cedente en relación con un contrato de compraventa de mercaderías, incluyendo los beneficios del dominio de las mercancías o cualquier otra garantía.

El artículo 8 establece en su apartado 1 que el deudor estará obligado a realizar el pago a favor del cesionario (en nuestro caso factor); siempre y cuando no tuviera conocimiento de que existiera un tercero con derecho preferente al cobro y la cesión notificada por escrito cumpliera con los siguientes requisitos¹¹⁹: a) la notificación se realizó por el proveedor (cedente) o en su caso por el cesionario (factor) por un poder otorgado por el cedente o proveedor; b) que los créditos cedidos se identifiquen de forma razonable y c) que los créditos cedidos tengan origen en un contrato de compraventa de mercaderías celebrado antes de la notificación o al tiempo de la misma. El apartado segundo del artículo 8 continúa diciendo que el pago realizado por el deudor de conformidad con lo establecido anteriormente le liberará de su obligación¹²⁰.

El artículo 9 reglamenta los supuestos en los que el cesionario reclama el pago al deudor proveniente de un contrato de compraventa de mercaderías. A semejanza de lo que ocurre en el resto de ordenamientos jurídicos (incluido el nuestro) se entiende en el párrafo primero que el deudor podrá oponer al cesionario o factor todos los medios de defensa que tuviera en relación con el proveedor o cedente que deriven del contrato de compraventa de mercaderías. En el apartado segundo se formula que incluso el deudor podrá oponer al cesionario o factor cualquier acción de compensación referida a los derechos o acciones que tenga en relación con el proveedor o cedente origen del crédito, en este caso el deudor la podrá ejercitar de conformidad con lo establecido en el artículo 8 párrafo 1, es decir en el momento en que se notificó la cesión.

Todo lo anterior nos sirve para concluir que las relaciones entre el factor y el deudor lo que para un importante sector doctrinal constituye “el objeto principal del articulado

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 156.

¹²⁰ Se entiende por el propio artículo que también quedará liberado por el pago realizado por cualquier otra forma admitida en derecho.

de la Convención”- se fundamentan en dos principios básicos: por un lado existe el interés del factor en obtener el cobro de su crédito y por otro lado el pago liberatorio realizado a favor del factor como acreedor aparente, lo anterior tendrá la excepción contenida en el artículo 8¹²¹.

Terminamos el estudio de los derechos y obligaciones de las partes con el análisis del artículo 10. En su apartado primero se resuelven determinados supuestos de incumplimiento de contrato. Se indica expresamente que en caso de cumplimiento defectuoso o incumplimiento del contrato de compraventa de mercaderías, no implicará que el deudor pueda exigir la devolución del pago realizado a favor del factor con independencia de que tenga un derecho de repetición contra el proveedor o cedente. El supuesto anterior tiene unas excepciones contempladas en el párrafo segundo: a) cuando el factor o cesionario no hubiera cumplido con la obligación de pagar al cedente o proveedor el crédito objeto de cesión o b) cuando el cesionario o factor hubiera pagado al proveedor en un momento en que tuviera conocimiento del cumplimiento defectuoso o tardío, e incluso del incumplimiento por parte del cedente o proveedor del contrato de compraventa de mercaderías.

4.3 Las cesiones sucesivas

Los artículos 11 y 12 se ocupan de los supuestos de cesiones sucesivas de créditos. El artículo 11 recoge los supuestos en los que el factor realiza otra cesión posterior del crédito a favor de un tercero. En apartado 1 a) se indica que a este tipo de cesiones también les será de aplicación las reglas contenidas en los artículos 5 a 10. Por otro lado en el apartado b) se especifica que las disposiciones contenidas en los artículos 8 a 10 se aplicarán como si el cesionario sucesivo o posterior fuese la propia empresa de *factoring*. El artículo 11 finaliza con el apartado segundo el cual establece que la notificación de la cesión realizada a favor del deudor, también constituye notificación de la cesión a favor de la empresa de *factoring*. En definitiva, para las cesiones sucesivas se exigirá la notificación al deudor, siendo además aplicables las mismas

¹²¹ Vid. LABARIEGA VILLANUEVA., Pedro Alfonso., “La Convención de Unidroit...”, op. cit., p.111.

normas sobre la obligación de pago, excepciones y derecho de repetición previstos frente al factor con independencia de que el nuevo cesionario no lo sea¹²².

La finalidad del artículo debemos entenderla dentro del contexto internacional en el que se mueven los operadores de *factoring* en donde las sucesivas cesiones del crédito es algo común. En estos supuestos se plantea la duda de si el cesionario sucesivo o “factor de importación” debe tener su establecimiento en un Estado contratante de la Convención o en su caso el contrato debe regirse por la ley de un Estado contratante para poder aplicar las normas contenidas en el artículo 2. El propio artículo 11 responde a esta cuestión, entendemos que de forma negativa al indicar específicamente el siguiente requisito: La Convención sólo será aplicable a la cesión posterior o sucesiva cuando este crédito (cedido por segunda vez como mínimo) hubiera sido regulado por el Convenio en su primera cesión. Sin embargo, el problema en este punto viene establecido por el hecho de que no se indica nada en el texto internacional del segundo cesionario; el artículo 11 está ampliando la aplicación de las normas de la Convención a un segundo cesionario que puede que no tenga ninguna vinculación con el instrumento internacional; en estos casos las disposiciones son pocas efectivas¹²³.

Por el contrario, el deudor sí quedará obligado en las sucesivas cesiones puesto que si en la primera cesión se le aplicaba el Convenio derivaba del hecho de que tenía su establecimiento en un Estado contratante o que el contrato de cesión de créditos se regía por la ley de un Estado parte. No obstante lo anterior, debemos tener presente que el artículo 11 no será vinculante para el segundo cesionario, y por lo tanto este sólo quedaría vinculado si se encontrase dentro de los supuestos del artículo 2, en definitiva si su establecimiento se encontrase dentro de un Estado contratante de la Convención o si se aplicara al contrato de cesión de créditos la ley de un Estado miembro¹²⁴.

La admisión de las cesiones sucesivas cierra el círculo con el artículo 12, donde se instaure una excepción a las sucesivas cesiones. La Convención de *UNIDROIT* no se aplicará a una cesión sucesiva prohibida por el contrato de *factoring*.

¹²² SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 154.

¹²³ *Ibidem*

¹²⁴ *Ibidem*

4.4 Disposiciones finales

Según se desprende de la lectura del artículo 13 apartado primero, con la clausura de la Conferencia de la Haya en fecha de 28 de mayo de 1988 se puso como plazo para la firma del Convenio el 31 de diciembre de 1990¹²⁵. En el apartado segundo del artículo se continúa diciendo que la posible ratificación, aceptación o en su caso aprobación del instrumento internacional por parte de los diferentes Estados se realizará de conformidad con el artículo 16. En el apartado tercero se indica que la Convención también estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean signatarios desde el momento en que quede abierta a la firma. El artículo finaliza con el apartado cuarto donde se establece que la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se realizará a través del depósito del correspondiente instrumento solemne ante el depositario.

Por otro lado el artículo 14 nos introduce en el ámbito de aplicación temporal del instrumento internacional, entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contados a partir de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión¹²⁶. El apartado segundo continúa diciendo que para el caso de un Estado ratifique, acepte, apruebe o se adhiera a la Convención después de que se depositara el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, entrará en vigor para ese concreto Estado el primer día del mes siguiente a la finalización del plazo de seis meses contados desde la fecha en que depositó su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión¹²⁷.

El artículo 15 regula los supuestos de primacía en donde se indica que la Convención de Ottawa no prevalecerá sobre ningún instrumento internacional anterior a esta o posterior a la misma¹²⁸.

Por otro lado, el artículo 16 en su apartado primero solventa los posibles problemas que se pudieran plantear en relación con Estados compuestos por diferentes unidades

¹²⁵ Vid. DE LA SIERRA FLORES, María de la Sierra., “El contrato de *factoring* internacional y su regulación en el Tratado Internacional UNIDROIT”, en GARCÍA VILLAYERDE, Rafael., *El contrato de factoring*, Madrid, Mac Graw Hill, 1999, p. 175.

¹²⁶ No debemos olvidarnos, que como indicábamos en la nota al pie número 19, entre los Estados firmantes de la Convención, los primeros por orden cronológico fueron: Guinea (28-05-1988); Ghana (28-05-1988); Tanzania (28-05-1988)

¹²⁷ *Ibidem*

¹²⁸ *Ibidem*

territoriales con distintos sistemas jurídicos en relación con la materia de *factoring*, se entiende que el Estado al tiempo de la ratificación, aceptación, aprobación o en su caso adhesión podrá declarar la aplicación del instrumento internacional a todas las unidades territoriales, a una o varias, pudiéndose modificar la declaración en cualquier momento. El apartado segundo en relación con lo anterior indica que en la declaración se deberá indicar de forma expresa a la unidad territorial a la que le será aplicable la Convención.

El apartado tercero da solución de forma expresa a un problema que se puede plantear en la práctica internacional, en ocasiones podrá suceder que el establecimiento de una parte se encuentre situado dentro de un Estado contratante y sin embargo sea una unidad territorial a la que no se le aplique la Convención. En estos casos el texto internacional opta por la opción de considerar al sujeto con establecimiento fuera del ámbito de aplicación territorial o espacial de la Convención y por ende la misma no será aplicable¹²⁹.

El artículo 16 finaliza con el apartado cuarto donde se revela que en defecto de la declaración expresa anterior por parte del Estado, se entenderá que el texto internacional es aplicable a todas las unidades territoriales.

El artículo 17 es el encargado de regular los problemas que se pudieran plantear entre las normas de derecho interno de los Estados miembros con las normas del texto internacional. El apartado primero regula los supuestos en los que dos o más Estados contratantes tengan normas jurídicas “idénticas o similares” de cara a la materia objeto de estudio, y cuando en el caso concreto tanto el proveedor, como el cesionario y el deudor tengan establecimientos en ese o esos Estados, se podrá declarar la no aplicación de la Convención. Las citadas declaraciones podrán realizarse de forma conjunta o unilateralmente¹³⁰. El apartado segundo reproduce las consideraciones anteriores pero en relación con un único Estado contratante.

¹²⁹ La solución anterior es una postura lógica y altamente previsible, puesto que es el propio Estado al que pertenece esa unidad territorial el que ha realizado la exclusión expresa.

¹³⁰ A nuestro juicio dicha excepción no tiene gran aplicación práctica puesto que será necesario que tanto proveedor, como cesionario como deudor se encuentren en dos o más Estados contratantes con una regulación “idéntica o similar” a la contenida en el texto internacional. Luego se establece una prioridad de las normas internas frente a las internacionales, si todos los Estados contratante hicieran lo mismo sería prácticamente imposible alcanzar la pretendida uniformidad de soluciones, puesto que en el caso concreto se tendría que averiguar lo que se entiende por regulación “idéntica o similar”. En último extremo las

El apartado tercero pone fin al artículo indicando que si un Estado que ha hecho la declaración anterior se convierte en Estado contratante, la citada declaración sólo tendrá efectos desde la fecha en que la Convención entrara en vigor para ese Estado. En todo caso, ese nuevo Estado tendrá que suscribir la declaración o realizar una declaración unilateral.

La complejidad en la redacción del tratado de UNIDROIT se comprueba de nuevo en el artículo 18, donde se produce una remisión a favor del artículo 6 apartado segundo. Se trata de los supuestos en los que un Estado parte del instrumento internacional puede formalizar una declaración en virtud de la cual una cesión realizada de acuerdo con el artículo 6 apartado primero no tenga efectos en relación con el deudor cuando al tiempo de realizar el contrato de compraventa de mercaderías tenga su establecimiento en ese Estado.

El artículo 19 se divide en 5 apartados donde se especifican las formalidades que deben tener las declaraciones para que sean válidas. En primer lugar será necesaria una confirmación en el momento en que se firme la ratificación, aceptación o aprobación. También será necesario que las declaraciones y confirmaciones consten por escrito y se notifiquen formalmente al depositario. Las declaraciones surtirán efectos al tiempo de la entrada en vigor de la Convención. Si la declaración se realiza cuando el Estado ya es parte del instrumento internacional, la declaración entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses al tiempo en que ha sido recibida por el depositario. En el caso de las declaraciones realizadas de conformidad con el artículo 17 entrarán en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario recibió la última declaración.

En el apartado cuarto se indica que las declaraciones podrán ser retiradas por el Estado en cualquier momento, surtiendo efectos desde el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de seis meses contados desde la fecha en la que el depositario recibiera la notificación.

partes se encontrarían con gran inseguridad jurídica al no saber a ciencia cierta la regulación aplicable a su contrato internacional de *factoring*.

El apartado quinto finaliza el artículo indicando que si un Estado retira la declaración realizada de conformidad con el artículo 17 hará que sea ineficaz cualquier declaración conjunta o unilateral de otro Estado en relación con ese artículo.

El artículo 20 tiene por objeto las reservas. Se entiende que sólo se podrán realizar las que prevea de forma expresa la Convención.

El artículo 21 desarrolla el ámbito de aplicación temporal del instrumento internacional. Se entiende que será aplicable a los créditos nacidos de un contrato de compraventa de mercaderías celebrado al tiempo de entrada en vigor de la Convención en relación con Estados contratantes¹³¹. De nuevo en este artículo la Convención recoge expresamente que deberá darse en el caso concreto junto con el ámbito de aplicación temporal el ámbito de aplicación espacial¹³².

Será necesario por lo tanto que el contrato de *factoring* se realice en el momento de entrada en vigor de la Convención o en un tiempo después, o en su caso que las partes del contrato de *factoring* hubieran previsto la aplicación del instrumento internacional a su contrato de cesión de créditos.

El artículo 22 admite la posibilidad de los Estados de denunciar la Convención de UNIDROIT en el momento de su entrada en vigor. De nuevo se entiende que entrará en vigor en el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contados desde la fecha en la que el instrumento de denuncia ha sido depositado ante el depositario. No obstante lo anterior, también se admite la posibilidad de que en el propio documento de denuncia se establezca un plazo mayor.

¹³¹ Aunque será objeto de estudio en posteriores páginas de forma más específica podemos adelantar que: Convención sólo ha sido objeto de firma y en su caso ratificación: Estados Unidos, Luxemburgo y Madagascar. Sólo se ha adherido a ella: Liberia. La situación actual se puede comprobar en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables_status.html (última visualización abril 2015).

¹³² El ámbito de aplicación espacial ya fue explicado dentro del artículo 2 en su apartado primero, recordemos que la Convención sólo será aplicable a los supuestos en los que los créditos sean cedidos en virtud de un contrato de *factoring* con origen en un contrato de compraventa de mercaderías, siendo necesario que el proveedor (cedente) y el deudor tuvieran su establecimiento en diferentes Estados miembros. Siendo además necesario otro requisito adicional, será necesario que el establecimiento del cesionario o empresa de *factoring* o factor tuviera su establecimiento en un Estado miembro de la Convención o en defecto del supuesto anterior será necesario que tanto el contrato de compraventa de mercaderías como el contrato de *factoring* se rijan por la ley de un Estado contratante.

Consumamos el estudio del articulado del texto internacional con el artículo 23 donde se expresa que la misma está depositada ante el gobierno de Canadá. El citado gobierno será el encargado de notificar tanto a los Estados miembros como al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado -UNIDROIT- las nuevas firmas así como los nuevos instrumentos de depósito, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la Convención. El gobierno de Canadá también será el encargado de notificar a los Estados: cualquier declaración realizada de conformidad con los artículos 16,17 y 18. En su caso de la retirada de la declaración realizada de conformidad con el artículo 19 párrafo 4; de la fecha de entrada en vigor de la misma así como del depósito de cualquier instrumento de denuncia.

4.5 Consideraciones críticas respecto del Convenio de Ottawa

A la hora de analizar el texto internacional debemos tener presente el gran esfuerzo que supuso su elaboración ya que frente a la técnica de las normas de conflicto se apuesta por la elaboración de normas uniformes en relación con una figura jurídica extraña para algunas regulaciones y en otros casos con una regulación altamente desigual¹³³. Nos encontramos ante un Convenio específico destinado a regular tanto el contrato de *factoring* como los problemas que un determinado contrato de cesión de créditos pueda plantear entre la empresa de *factoring* (cesionario) y el deudor cedido.

Como hemos desarrollado anteriormente, el propio Preámbulo de la Convención establece entre sus objetivos conseguir un marco jurídico en el que se agilicen y por lo tanto faciliten los contratos de *factoring*, respetando siempre el principio de buena fe en el comercio internacional como el necesario equilibrio entre las partes en presencia.

¹³³ De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.36, como señala la profesora MANDALONIZ: “Loable es su afán por suprimir los obstáculos procedentes de las disparidades existentes entre las regulaciones nacionales sobre la circulación de créditos. Meritorio es, al tiempo, el intento de reglamentar una figura que, aun siendo hoy atípica legalmente en muchos países-entre ellos el español, a la espera de la aprobación (poco previsible) de la regulación que para ella plantea el Anteproyecto de Ley de Código mercantil”. De igual forma: GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *El contrato...*, op. cit., p. 236; DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 147: “El objetivo del Convenio es regular los contratos de *factoring* internacional, superando los problemas creados por la falta de claridad que aportan las regulaciones nacionales o por su inexistencia. (...) Busca la protección de las empresas de *factoring* y el aseguramiento del cobro de los créditos cedidos, protegiendo al mismo tiempo la posición jurídica del deudor. SÁNCHEZ CALERO, Fernando., “El contrato de *factoring* en el Convenio Internacional...”, op. cit., p. 31.

La Convención por todo ello regula el contrato de *factoring* y en su caso el contrato de cesión de créditos con independencia del contrato de la finalidad que persiga. El problema viene determinado por el hecho de que la convención sólo será aplicable a los créditos cedidos con ocasión de un contrato de *factoring* surgido de compraventas que sean internacionales por el lugar del establecimiento de los sujetos. Entendemos que lo lógico hubiera sido admitir la internacionalidad del contrato de *factoring* por cualquier otra vía como pudiera ser el lugar de ejecución del contrato de *factoring*. Hubiera sido más apropiado extender la aplicación de la misma a los supuestos en los que tanto el acreedor como el deudor tuvieran establecimientos en el mismo Estado y sin embargo el cedente y el cesionario (empresa de *factoring* o empresa especializada) tuvieran su establecimiento en distintos Estados parte de la Convención. La internacionalidad del contrato vendría determinada por las partes del propio contrato de *factoring* y no por la internacionalidad del contrato del que trae causa¹³⁴.

A nuestro juicio los requisitos anteriores conllevan a una sobreprotección del deudor y conseguir la ejecución de la sentencia; puesto que si el convenio no exigiera el establecimiento del deudor en un Estado contratante podrían existir problemas en la ejecución de la misma.

A pesar de las grandes ventajas del instrumento internacional en relación a la pretendida unificación en una materia hasta cierto punto desconocida en los Estados, podemos afirmar que nos encontramos ante un instrumento internacional inconcluso en determinadas cuestiones. El Convenio prácticamente omite la regulación de cuestiones problemáticas para conseguir el consenso entre los Estados participantes. Existen asuntos que deberían haber sido regulados con exhaustividad por no existir en ellos uniformidad en los Estados partes y sin embargo dichos aspectos no son regulados. Es lo

¹³⁴ No podemos olvidar que fue una posibilidad propuesta por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI (24^a periodo de sesiones. De forma coincidente con nuestro planteamiento Vid. DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op .cit., p. 150. Compartimos la opinión de esta autora al entender que si se admitiera esta posibilidad “la utilidad del contrato de *factoring* aumenta cuando el cliente tiene relaciones con deudores ubicados en Estados distintos al no conocer las costumbres de ese Estado, el idioma, la legislación, etc. Ceder créditos cuyo acreedor y deudor son del mismo país a factores extranjero para su cobro es una complicación añadida y no rentable. Por ello, aunque no es riguroso, es frecuente identificar el contrato de *factoring* internacional únicamente con los contratos en los que se ceden créditos surgidos de compraventas internacionales”. El supuesto anterior se puede “solventar” en cierto modo por la exigencia de también sería aplicable la Convención a los supuestos en los que tanto el contrato de venta como el contrato de *factoring* se rigieran por la Ley de un Estado contratante. En estos casos los tribunales del foro (que estuvieran conociendo del asunto) tendrían que designar como aplicable el Convenio de Ottawa.

que sucede con los supuestos de la oponibilidad de la cesión a terceros, tampoco se regula el orden de prelación entre los terceros intervinientes. Por otro lado el Convenio admite la cesión global de créditos futuros pero sólo en relación con los sujetos parte del contrato de *factoring*; por otro lado se admite la ineficacia del pacto de no cesión en relación con el cesionario y sin embargo será el concreto Estado parte del Convenio el que considere o no dicha posibilidad¹³⁵.

Otra nueva crítica a realizar al Convenio es que en determinados supuestos la sobreprotección del deudor supone un menoscabo en los derechos del factor. Es lo que sucede en relación con el derecho de prioridad de los terceros. El Convenio sólo señala que el deudor tendrá obligación de pagar al factor sólo cuando no tenga conocimiento de que otra persona tiene prioridad frente aquel; y no indica cuál es la normativa aplicable al supuesto concreto que establezca las reglas de prioridad entre los mismos. Se fomenta en este caso la inseguridad de cara al factor puesto que el único requisito que se exige para que el deudor no realice el pago a favor de este sujeto es que el deudor tenga conocimiento de que otro sujeto tiene un derecho preferente de pago.

Otra cuestión problemática ya mencionada anteriormente, tiene que ver con el hecho de que el Convenio admite la cesión global de créditos futuros en relación con los créditos que provengan de la empresa de *factoring* y no del cliente, por ende la eficacia de este pacto se limita exclusivamente a las partes del contrato de *factoring*. Los problemas en este supuesto se plantearían con los ordenamientos en los que no fuera admitida una cesión global de créditos futuros frente a los terceros intervinientes, ya que los acreedores del cedente o en su caso del cesionario podrían embargar del crédito el importe correspondiente a la deuda¹³⁶.

Tampoco encontramos si quiera una mención a lo que podría surgir en la práctica en los supuestos en los que existieran dos empresas especializadas es decir, el específico contrato de *factoring* existieran *Two Factors Systems*, donde existe un aumento de los factores puesto que en la mayoría de las ocasiones la empresa de *factoring* coincidente con el domicilio del exportador, recurre a otra empresa de *factoring* del país del importador: *Import Factor*, para que recopilara cierta información sobre la solvencia del

¹³⁵ *Ibidem*, p. 178.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 179.

deudor. Si se descubre que el deudor es solvente, la empresa de *Import Factor* le transmitirá la información al *Export Factor* y este a su cliente. Luego nos encontramos con un Convenio Internacional que no establece ningún tipo de regulación sobre un aspecto muy concreto y no puntual de la práctica del contrato de *factoring*.

De igual forma, en el tratado de Ottawa debería haber tenido mayor presencia un principio básico a tener en cuenta en cualquier relación jurídica internacional, estamos haciendo referencia al principio de autonomía de la voluntad de los sujetos intervinientes en el contrato de *factoring*. El Convenio no reglamenta las relaciones jurídicas que deben existir entre las empresas de *factoring*, tampoco especifica nada acerca de las relaciones contractuales existente entre el cedente y la empresa de *factoring* o la empresa especializada. Sólo determinadas partes del contrato pueden pactar la exclusión de la aplicación de la Convención. Sólo podrán realizarla tanto el cedente como la empresa de *factoring* en su contrato, o bien el cedente y el deudor en el suyo. En definitiva, si se admite dicha posibilidad en la práctica, al deudor no le será aplicable el texto internacional sin necesidad de consentimiento por él. Se plantea la posibilidad de que debieran tener conocimiento de la citada exclusión las tres partes del contrato de *factoring*. Pero nada más lejos de la realidad.

Sería prácticamente imposible que todas las partes del contrato de *factoring* se pusieran de acuerdo. En la práctica internacional es necesaria la agilidad en las transacciones comerciales y dicho posibilidad se vería disminuida teniendo que notificar al deudor cada movimiento. En la mayoría de ocasiones los créditos de un determinado deudor son cedidos por el cedente o cliente a la empresa de *factoring* y darse a su vez el supuesto de existencia del contrato de venta y o del contrato de *factoring* y a la inversa. En todo caso hay que tener presente que el deudor no tiene nada que ver con el contrato que realicen el proveedor y la empresa de *factoring*¹³⁷. Todo lo anterior, podría haber sido salvado sobre la base del principio de autonomía de la voluntad pero con ciertas matizaciones; lo más favorable habría sido admitir que las partes hubieran podido excluir la aplicación de la Convención sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad pero sólo en relación con el contrato que ellas mismas firmaron y por lo tanto

¹³⁷ *Ibidem*, p. 163. Compartimos la opinión de esta autora al entender que en la mayoría de los supuestos, los proveedores que recurren a esta figura jurídica son pequeñas y medianas empresas con problemas de liquidez y por lo tanto con necesidad de financiación, dicha posibilidad no podrá ser prohibida por los deudores.

dicho pacto sólo tendría efectos entre ellas. El artículo 3 del instrumento internacional debería haber sido sustituido por un articulado en el que se fomentara la autonomía de la voluntad de las partes sin que implicara una disminución en los derechos del contratante que no hubiera sido parte del acuerdo¹³⁸.

Otra cuestión polémica en relación con el Convenio de Ottawa estriba en el hecho de que por lo menos hubiera sido necesaria la existencia de normas de conflicto que unificaran la ley aplicable de cara a los supuestos no regulados por no existir el consenso suficiente. En defecto de tales normas de conflicto, serán aplicables las normas del tribunal del foro o del tribunal que esté conociendo del asunto, planteándose el problema de la diversidad de legislaciones. Sería más lógico aplicar normas de conflicto que normas materiales especiales¹³⁹.

Concluimos el estudio del Convenio de Ottawa afirmando que nos encontramos ante un Convenio que sirve de base o de modelo para la regulación de la figura jurídica del *factoring* internacional en aquellos Estados que desconozcan la misma. No obstante lo anterior, no podemos olvidar que nos encontramos con un texto fragmentario, incompleto que deja de lado la regulación de las cuestiones más problemáticas. Por lo tanto, los redactores de sus normas dieron prioridad a su entrada en vigor y a la firma por el mayor número de Estados frente a su calidad técnica. Nos encontramos ante un texto en el que sólo se regulan los problemas más fáciles de resolver, dejando la resolución de las cuestiones más complejas a favor de la aplicación de la Ley del tribunal del foro. Entendemos que la uniformidad de las legislaciones de los Estados miembros en relación con el contrato de *factoring* internacional es prácticamente imposible, lo que sí podemos y debemos exigir a los textos internacionales es la previsibilidad de la ley aplicable. Sólo cuando las partes sepan de antemano que ley va a ser aplicable a su contrato internacional de *factoring*, en definitiva, los tribunales que conocerán del asunto y en su caso el posible reconocimiento y ejecución de la misma, se conseguirá un aumento de las transacciones comerciales y la pretendida “quinta libertad comunitaria”.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 180.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 181.

5. La relación de la Convención de Ottawa con otros instrumentos internacionales

En primer lugar, debemos dejar latente la indisoluble unidad existente entre la Convención de UNCITRAL sobre cesión de créditos en el comercio internacional y el Convenio de UNIDROIT sobre *factoring* internacional. Sin embargo, como hemos indicado expresamente en los capítulos anteriores. La Convención de UNCITRAL indica en su artículo 38 apartado primero que tendrán prioridad en la aplicación los instrumentos internacionales ya celebrados o que se vayan a celebrar siempre y cuando regulan las cuestiones de la Convención de UNCITRAL de forma más específica que esta. No obstante lo anterior, en su apartado segundo la Convención de UNCITRAL establece tiene prioridad en su aplicación con respecto al contenido de la Convención de Ottawa. Sin embargo, la prevalencia no es absoluta¹⁴⁰, puesto que la Convención de Ottawa podrá aplicarse en relación con los derechos y obligaciones de aquel deudor al que no se le sea aplicable la Convención de UNCITRAL según se deduce de la lectura del apartado segundo del artículo 38. Todo lo anterior se debe analizar siempre en relación con el contexto internacional, ya que como explicábamos en el Capítulo VI la Convención de UNCITRAL no ha entrado en vigor puesto que el artículo 45 del mismo texto internacional exigía que se hubiera depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión para que entrara en vigor; esto hoy en día aún no se ha producido¹⁴¹. Sin embargo, el Convenio de UNIDROIT o de *factoring* internacional sí está en vigor desde el 1 de mayo de 1995 ya que ha sido ratificado y adherido por 7 Estados: Alemania, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Nigeria y Ucrania¹⁴².

¹⁴⁰ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p.49.

¹⁴¹ Dicha Convención sólo ha sido objeto de firma y en su caso ratificación: Estados Unidos, Luxemburgo y Madagascar. Por otro lado sólo se ha adherido a ella: Liberia. Todo lo anterior ha sido objeto de estudio de forma más específica en el Capítulo VI, no obstante si se quiere realizar un estudio en mayor profundidad de la situación actual:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables_status.html (última visualización marzo 2015). De forma coincidente con nuestro planteamiento.

¹⁴² *Ibidem*. Todo este apartado ya ha sido objeto de estudio en este capítulo, no obstante existe mayor información en <http://www.unidroit.org/english/implement/i-88-f.pdf> (última consulta marzo 2015)

Entendemos que en cierto modo, con el artículo 38 del Convenio de UNCITRAL se intenta garantizar la máxima protección del deudor en relación con un contrato de cesión de créditos o con un contrato de *factoring*, ya que si no queda cubierto por los derechos y obligaciones que regula UNCITRAL (lo más lógico ya que aún no ha entrado en vigor) quedará cubierto por los derechos y obligaciones de UNIDROIT.

Las relaciones entre instrumentos internacionales para con un contrato de cesión de créditos y específicamente en relación con un contrato de *factoring* son imprescindibles para la determinación de los tribunales competentes, la legislación aplicable y en su caso el posible reconocimiento y ejecución de la sentencia.

Como explicábamos en el Capítulo II para saber los concretos tribunales competentes a la hora de resolver un litigio sobre *factoring* internacional deberemos aplicar el Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 del Parlamento europeo y del Consejo sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Sólo será aplicable cuando se cumplan sus ámbitos de aplicación, en definitiva que los “contactos más importantes del caso” estuvieren en territorio comunitario. Si nos encontráramos ante un contrato de *factoring* y por cualquier motivo no se pudiera aplicar este Reglamento (porque no se diera alguno de los ámbitos de aplicación) nuestros tribunales conocerían del asunto a través del artículo 22 de la LOPJ¹⁴³.

A la hora de determinar los tribunales competentes a un concreto contrato de *factoring* internacional pueden producirse dos hipótesis: En primer lugar, en el supuesto en el que nos encontremos una relación de *Two Factor Systems*, en definitiva donde tanto el cesionario o factor tienen el establecimiento en el mismo país que el cedente, cliente o empresa exportadora, tendremos que diferenciar entre: si el país del establecimiento común está dentro de un Estado miembro del Reglamento 1215/2012 y podrán aplicarse todos los foros jerarquizados: foros exclusivos (art. 24) no tienen cabida en relación con nuestra materia, en defecto: foro de la sumisión expresa (art. 25), en defecto el foro de la sumisión tácita (art. 26); cuando tampoco se diera este foro del

¹⁴³ No podemos olvidar como mencionamos en el Capítulo II, que incluso en determinados supuestos podrán aplicarse otros instrumentos internacional en la escala comunitaria como son: Convenio de Bruselas, Lugano... Damos por reproducidas las consideraciones realizadas en ese capítulo.

domicilio del demandado (art. 4) que es alternativo al foro especial en razón de la materia de los artículos 7 a 23, por lo tanto decide el demandante. Esos tribunales también serán los competentes en su caso para otorgar el posible reconocimiento y ejecución de la sentencia.

En este apartado damos por reproducidas las consideraciones realizadas de cara a la Ley aplicable y al Reglamento Roma I, la cesión de créditos y en su caso el contrato de *factoring* se regulará por el artículo 14. En su apartado primero se regula la Ley que va a regir el contrato de cesión de créditos al indicar que las relaciones entre el cedente y el cesionario se regularán por la “ley que en virtud del presente Reglamento, se aplique al contrato que les ligue”. Por lo tanto podrán aplicarse todos los puntos de conexión del instrumento internacional: artículo 3 autonomía de la voluntad o en su caso artículo 4.2 residencia habitual del prestador característico, que como hemos analizado anteriormente, en la mayoría de los casos es el cedente, pero en ocasiones, como sucede en los supuestos de contrato de *factoring*, el prestador característico pasa de ser el cedente a convertirse en ello el factor por ser el sujeto que lleve a cabo las funciones más complejas. Por todo ello, habrá que realizar un análisis casuístico. Por otro lado, el artículo 14 en su apartado segundo establece que la ley reguladora del crédito cedido también regulará la posible transmisión o no del crédito, las relaciones entre el nuevo cesionario o factor con el deudor, las condiciones de oponibilidad de esa cesión y en última instancia cuando el deudor quedará liberado de su obligación. De igual forma debemos tener en cuenta que no existirá mayores inconvenientes a la hora de entender la prestación más compleja como la prestación no dineraria en el caso de los contratos simples sinalagmáticos¹⁴⁴; mayores problemas se plantearán en relación con el contrato de *factoring* puesto que estamos ante un contrato mixto y como desarrolla el Considerando 19 del texto internacional: “la prestación característica se determinará en función de su centro de gravedad, erradicando en aquellas prestaciones más complejas”¹⁴⁵. En la mayoría de ocasiones se entiende que también en el contrato de *factoring* por tener su origen en un contrato de cesión de créditos el prestador característico será el cedente o acreedor, sin embargo en este caso aquí entraría en juego la presunción del artículo 4 apartado 4 al entender que si del conjunto de circunstancias

¹⁴⁴ GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos en el comercio internacional...”, op. cit., p. 47.

¹⁴⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho internacional...*, op. cit., pp. 571-572.

no pudiera determinarse la Ley aplicable de conformidad con los apartados 1 o 2, la ley se regirá por la ley del país con la que presente los vínculos más estrechos. Por otro lado también se podría aplicar el artículo 4.3 a pesar de que también se pudiera determinar el prestador característico mediante las reglas del artículo 4.2 cuando del conjunto de circunstancias se entienda que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país de los indicados en los apartados 1 o 2, en ese caso se aplicará la ley de ese otro país.

Como hemos desarrollado a lo largo de este capítulo, con el sistema de puntos de conexión en cascada o jerárquicos del Reglamento se intenta aplicar la ley más previsible para las partes que en ocasiones no tiene que coincidir con aquellas que más beneficie a sus intereses. En defecto de todo lo anterior se podrá aplicar el artículo 10.5 del C.c si fueran competentes los tribunales españoles para resolver el litigio.

Si a pesar de todo lo anterior, las partes tuvieran dudas en relación con la legislación aplicable a su contrato internacional de cesión de créditos o a su contrato de *factoring* podrán acudir a la autorregulación o a la práctica comercial internacional o a la unificación material internacional.

6. *Lex mercatoria*: Autorreglamentación de la *Factor Chain Internacional*

La falta de uniformidad de los instrumentos legales internacionales provoca cierta inseguridad jurídica, la cual en la práctica comercial se suple a través de la autonomía de la voluntad, las partes se autorregulan. De nuevo vemos como la *Lex Mercatoria* o la ley de los operadores del comercio internacional intenta solucionar los inconvenientes que ocasiona la falta de uniformidad jurídica. Cobrando especial importancia en este momento la regulación realizada por la “*Factor Chain Internacional*”¹⁴⁶”

¹⁴⁶ En adelante FCI. Estamos haciendo referencia a la unión de un conjunto de compañías de *factoring* con origen en Ámsterdam en 1968, con un número total de 270 asociados o *factors* procedentes de 73 países. Se divide entre América, Europa, Asia, África y Australia. Dentro de cada país especifican los miembros que forman parte de la misma, por ejemplo al lado de la bandera española pone un número entre paréntesis en nuestro caso 8, esas son los concretos miembros de esta asociación: Banco de Sabadell S.A, BBVA S.A, BNP Paribás Factor S.A, Sucursal España; EUROFACTOR HISPANIA S.A, Caixabank S.A, Popular de Factoring S.A, E.F.C; Santander Factoring y Confirming S.A, E.F.C; UBI Banca internacional S.A. Para una mayor información sobre los componentes de esta red de compañías de *factoring* Vid. factors-chain.com (última visualización marzo 2015) Para un estudio en mayor profundidad del tema Vid. DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., pp. 181-201; REQUEJO ISIDRO, Marta., *La cesión de créditos...*, op. cit., p.89; SAN JUAN

Las empresas especializadas de *factoring* o en definitiva los factores, se unen y forman grupos multinacionales para regular las relaciones entre todas las empresas y ampliación en la medida de lo posible su actividad comercial. Existen varias: Existe un grupo denominado “*Internacional Factor Heller*”, nos encontramos ante un grupo muy semejante de integrantes ya que todos ellos deben tener como principal característica que “las empresas pertenezcan al menos en el 50% a la madre” por lo tanto toda su práctica comercial estará regulada con exhaustividad¹⁴⁷. Otro grupo a tener en cuenta es el “*Internacional Factor Group*”, donde se han elaborado unas normas uniformes de cara a la llevanza de la contabilidad, la asunción de riesgos, el sistema de comunicación, el estudio de mercado... En definitiva entre sus principales objetivos estriba la simplificación al máximo posible de los intercambios comerciales¹⁴⁸.

Cobra especial relevancia en relación con nuestro objeto de estudio la “*Factors Chain International*” es decir, asociación constituida de acuerdo con el derecho holandés que publicó un documento denominado “*Master Agreement*”, donde se establecían una serie de pautas a tener en cuenta por los miembros de la misma en sus operaciones de comercio internacional. Nos encontramos ante un Código de Costumbres completado por un contrato tipo, junto con unas normas de arbitraje y una lista de circulares jurídicas generales e individuales, que forman lo que se conoce como Manual Jurídico FCI. Este Código se divide en diferentes partes; en la Parte I está dedicada a la constitución de la FCI, la Parte II recoge el Código de costumbres del *factoring* internacional de FCI, la Parte III regula el contrato interfactores de la FCI; la Parte IV reproduce todas las disposiciones relacionadas con el arbitraje de FCI; por otro lado en la Parte V se desarrollan las circulares jurídicas y en la Parte VI finaliza con las circulares jurídicas individuales¹⁴⁹.

La importancia del Manual Jurídico de la FCI no se debe tanto a su contenido como a los socios integrantes de la misma, como son: Estados Unidos, Francia, Italia, Reino

CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., pp. 168-176; GARCÍA MANDALONIZ, Marta., “La cesión de créditos...”, op. cit., p. 57

¹⁴⁷ Vid. DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 182.

¹⁴⁸ *Ibidem*

¹⁴⁹ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 351.

Unido, España, Portugal, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Honduras, Brasil, Perú, México, Egipto, Israel, Australia, India y China entre otros¹⁵⁰.

Podemos afirmar que nos encontramos ante una reglamentación realizada por los profesionales especializados en unos contratos que traspasan las fronteras nacionales, no sólo por la existencia de numerosos vínculos del contrato con numerosos Estados, sino por la gran complejidad técnica que escapa de las “arcaicas y obsoletas” regulaciones nacionales en el sector del *factoring*. El Código de Costumbres contiene las pautas de conducta que deben seguir rigurosamente los dos factores intervinientes en el contrato específico¹⁵¹. Entre los puntos especialmente importantes en este Código destaca la regulación de la obligación de pago, así como la posible asunción del riesgo de la operación. En definitiva, con este Código se garantiza la previsión de cara a la resolución del litigio, ya que las partes al celebrar un contrato internacional de *factoring* cuando sean miembros de esta “asociación” conocerán de antemano cuáles son sus derechos y obligaciones; evitando en cierta medida la aplicación de las leyes nacionales en muchas ocasiones más restrictivas en sus derechos¹⁵².

Sin embargo, tanta exhaustividad en ocasiones no es buena, la reglamentación de la FCI establece el arbitraje como método de resolución de conflictos en materia de *factoring*, sin embargo no es válido cualquier árbitro, las partes intervinientes deberán someterse al sistema arbitral del FCI. Las reglas a través de las cuales los árbitros resuelven los posibles litigios se presentan como un sistema independiente y aislado de

¹⁵⁰ Para un análisis en profundidad de los Estados participantes Vid. <http://pdf.usaid.gov/pdf/PNADH164> (última consulta marzo 2015)

¹⁵¹ En este momento se puede comprobar la importancia de la regulación, puesto que a diferencia de lo que sucedía con otros instrumentos internacionales, como con el Tratado de Ottawa, estos Códigos se van a centrar en las cuestiones más problemáticas del contrato de *factoring* como sucede en la práctica Interfactor. En definitiva, resuelve de forma rigurosa los problemas que pueden surgir cuando en relación con un mismo contrato internacional de *factoring* intervienen varios factores. Para un estudio en profundidad del texto Vid. GARCÍA VILLAYERDE, Rafael., *El contrato...*, op cit., pp. 183-223, este autor recoge en las páginas 183-223 el “*Code of international factoring customs (IFC) promulgated by Factors Chain Internacional (last revision June 1994)*”; en las páginas 223-224 el “Acuerdo interfactor” (en la versión de junio de 1987) y en las páginas 224-229 las reglas de arbitraje (revisión de junio de 1980). Compartimos la opinión de este autor al entender que: “Los particularismos y, en concreto, el alcance restringido de las reglas elaboradas por los sujetos empresariales a los supuestos de aceptación expresa de las partes contratantes aconseja que, excepcionalmente, las reproduzcamos en el idioma original” p. 183 nota al pie número 2. No obstante lo anterior, si se quiere realizar un análisis del texto en español Vid. www.abm.org.mx (última visualización marzo 2015) donde se recoge el Código de Factoraje internacional de Derechos aduaneros (IFC) promulgado por *Factors Chain Internacional* (última revisión agosto 1991).

¹⁵² De forma coincidente con nuestra hipótesis Vid. DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 184.

los ordenamientos jurídicos nacionales, de los tratados internacionales e incluso de las normas de conflicto de los diferentes Estados, basado en los principios comúnmente aceptados en la escala internacional¹⁵³. En este punto debemos realizarnos la siguiente pregunta ¿hasta que punto la resolución dictada por los árbitros de la FCI será reconocida en el resto de ordenamientos jurídicos? Entendemos que nada más lejos de la realidad, simplemente tendrán efectos interpartes o preventivos para el resto de los socios.

Son muy pocas las decisiones judiciales que se han pronunciado en esta materia, lo cual no lleva a extraer la siguiente conclusión: nos encontramos ante un instrumento eficaz cuanto menos en el ámbito de la prevención y en la mayoría de las ocasiones las partes que han decidido someter el conocimiento del asunto a este sistema arbitral decidirán cumplir con el laudo (con independencia de que menoscabara sus intereses) de forma no obligatoria, es decir sin necesidad de ejecución forzosa pues lo contrario iría en contra de lo que hubieran pactado. Todo lo anterior consolida el funcionamiento de la cadena de factores, su objetivo principal se está cumpliendo “creación de un derecho transnacional uniforme, manteniéndose en gran parte la actividad de estas empresas al margen de los diferentes aparatos estatales”¹⁵⁴.

6.1 Ámbito material: cadena interfactores

Cuando en la práctica internacional nos encontramos un contrato de *factoring*, como hemos podido comprobar a lo largo de este Capítulo, existen numerosas relaciones jurídicas a tener en cuenta; por un lado aparece el contrato realizado ente el cliente y la empresa especializada de *factoring*, en segundo lugar aparece otro contrato entre esta empresa de *factoring* y otra empresa dedicada al mismo sector pero con establecimiento en el país del domicilio del deudor y en última instancia existirá el contrato de compraventa o de prestación de servicios con carácter internacional el cual es origen del contrato de cesión de créditos y de la relación existente entre el último cesionario y el deudor. En relación con el contrato de *factoring* propiamente dicho, es decir el del

¹⁵³ *Ibidem*, como señala esta autora el principio del a buena fe debe estar presente en todo el Código de Conducta de la Organización, otros principios a tener en cuenta serían: principio de diligencia, de cooperación, de valoración de riesgos....

¹⁵⁴ Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 170.

cliente y la primera empresa especializada, no existe ninguna normativa internacional que desarrolle esta cuestión de forma rigurosa; como hemos comprobado en los epígrafes anteriores de este Capítulo sólo el Convenio de Ottawa hace una pequeña mención a esta relación jurídica, pues en la mayoría de los casos se ciñen al contrato origen de los créditos. En relación con el contrato establecido entre las dos empresas especializadas o factores, no existe referencia expresa en el Convenio de Ottawa, solamente se supone la validez a los acuerdos de doble cesión; luego dicha práctica será admitida en función de la autonomía de la voluntad material¹⁵⁵.

La autonomía de la voluntad será un pilar básico en la reglamentación interfactores. En todo el análisis de este apartado debemos tener en cuenta una idea fundamental; el Código de Costumbres de la FCI contiene las bases para regular la conducta que deben seguir los factores, por ende las dos empresas especializadas en *factoring*, indicando el procedimiento a llevar a cabo en caso de asunción del riesgo de la operación, así como las obligaciones de pago que el factor importador asumirá frente al factor exportador. Por lo tanto, cualquier referencia que estas normas hagan en relación con el resto de partes (deudor o cliente) no tendría ningún tipo de validez¹⁵⁶. Debemos concluir que el Código de Costumbres tendrá efectos limitados a la relación jurídica de los factores, estos deberán dar su consentimiento para su aplicación al supuesto concreto y en la mayoría de los casos las reglas contenidas en el citado Código son incluidas en el contrato a través de una mera incorporación por referencia¹⁵⁷.

¹⁵⁵ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 185. También a lo largo de este Capítulo podemos comprobar la gran importancia de la autonomía de la voluntad en el ámbito del comercio internacional. Si las partes son previsoras a la hora de establecer las condiciones de su contrato tendrán menores problemas en los intercambios y por lo tanto se fomentará el comercio internacional al producirse una agilidad en las transacciones comerciales. De igual forma: SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 170.

¹⁵⁶ *Ibidem*. Compartimos la opinión de esta autora al entender que en ocasiones ciertos artículos del Código pueden conducir a error y entender que tienen visos de aplicación universal y no sólo a los sujetos firmantes, especial interés tiene en este asunto el artículo 21 donde se indica que el derecho aplicable al crédito cedido la ley del país del factor importador. Entendemos que en este caso no existe eficacia *erga omnes* y que por lo tanto sólo se aplicará a las partes firmantes del contrato de cesión de créditos y no al resto de la obligación jurídica. Esa ley sólo se aplicará al contrato de cesión de créditos y en su caso a las posibles formalidades necesarias para que esta operación se lleve a cabo y por lo tanto para que el deudor pague al importador, con independencia de los pactos que lleven a cabo los factores. Lo mismo podría suceder con el artículo 8 apartado b) del Código de Costumbres, en donde se indica que: “El factor de importador tendrá derecho a la cooperación del vendedor para detener las mercancías en tránsito y minimizar así el riesgo del factor de importación”; en definitiva, no se menciona nada acerca de la voluntad del vendedor, ya que como sabemos la cesión podrá realizarse sin su conocimiento.

¹⁵⁷ *Ibidem*

En este momento es donde se empiezan a plantear los problemas en relación con el Código de Costumbres de FCI, ya que el Código de Costumbres tendrá eficacia jurídica incorporado al contrato en la medida en que así se prevea por el ordenamiento jurídico aplicable al mismo como ley causal del contrato de cesión de créditos, es decir si ese determinado ordenamiento no prevé como aplicables al contrato ese tipo de cláusulas no tendrán ningún tipo de validez jurídica. Luego todo dependerá del ordenamiento jurídico que rijan ese concreto contrato de cesión de créditos o contrato de *factoring*¹⁵⁸.

Como analizaremos posteriormente las críticas que se pueden realizar al Código de Costumbres son varias, a pesar de ser un Código que ha sido elaborado a través de la práctica comercial, nos encontramos con que no ha tenido en cuenta cuestiones tan importantes como: las consecuencias en caso de incumplimiento de alguno de los factores, los motivos o causas de disolución del contrato, el orden de prelación cuando existe un tercero con mejor posición. Por todo ello¹⁵⁹, debemos tener presente que en el ámbito internacional coexisten otras normas elaboradas por diferentes empresas del sector que pueden ser diferentes a las normas elaboradas por la FCI. Además no nos encontramos con reglas generales sino con pautas particulares para supuestos específicos. El órgano “legislativo” de la FCI es la Comisión Jurídica, es un órgano privado sin potestad legislativa y por ello con poco poder coactivo en caso de incumplimiento. La aplicación de estas normas dependerá en última instancia de la propia voluntad de los participantes, es decir de los factores. El punto final de las críticas vendría determinado por el hecho de que como en la mayoría de los casos nos encontramos con normas complejas y muy técnicas, las cuales no aportan principios comúnmente observados por en la práctica diaria de los agentes de *factoring*, sino que son prácticas o usos conocidos por las empresas parte de la FCI, luego en cierto modo podemos afirmar que es un sistema en el que la unidad hace la fuerza¹⁶⁰.

¹⁵⁸ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 172. Todo lo cual nos lleva a extraer la siguiente conclusión: al ser meras cláusulas de incorporación por referencia el contenido del citado Código de Conducta no podrá regular por sí solo un contrato internacional de *factoring*, luego nos encontramos ante un “derecho supletorio”.

¹⁵⁹ Como ya habíamos mencionado al comienzo de este epígrafe.

¹⁶⁰ De igual forma Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 172.

6.2 La autonomía de la voluntad

Compartimos la opinión de un importante sector doctrinal al entender que cuando una o varias compañías de *factoring* internacional se adhieren a la FCI quedan vinculadas por los “formularios establecidos por esta cadena de factores, entre los que se encuentran el modelo de contratos interfactores (*interfactors agreement*), mediante el cual cada una de las partes suscribe las previsiones del Código de Costumbres y reglas de arbitraje (*Code of Internacional Factoring Customer and Rules of Arbitration*)¹⁶¹”

El contrato interfactores es un contrato tipo o estándar que sí puede ser modificado pero siempre con la autorización del Comité Jurídico de la FCI¹⁶². Lo anterior implica que el acuerdo interfactores será un contrato bilateral en virtud del cual dos miembros de la FCI quedan obligados por las reglas de este organismo jurídico en relación a todos los contratos mercantiles de *factoring* que realicen¹⁶³. Así pues y como había afirmado en las anteriores páginas nos encontramos ante una simple incorporación por referencia al contrato, en definitiva una vez que dichas cláusulas son incorporadas al contrato serán eficaces en relación con las partes firmantes¹⁶⁴. Gracias a este contrato las partes pueden llevar a cabo 2 funciones paralelas; por un lado podrán excluir la aplicación de un determinado ordenamiento interno a su contrato y en su caso, hacer aplicable una “normativa” no estatal, una “normativa” internacional. De otro lado y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se admitirá que las partes opten por el supuesto de que su contrato sea regulado por un “ordenamiento jurídico” sólo vinculante para los sujetos intervinientes o firmantes¹⁶⁵.

¹⁶¹ *Ibidem*, de forma coincidente con el anterior Vid. DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 187.

¹⁶² *Ibidem*, así como HAWKINS, David F., *The business of factoring*, Londres, MacGRAW-HILL, 1993, pp. 179 y ss.

¹⁶³ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 172; DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 187.

¹⁶⁴ *Ibidem*, para un estudio en mayor profundidad de lo que deba entenderse por “incorporación por referencia” Vid. VIRGÓS SORIANO, M., “Obligaciones...”, op. cit., pp. 148 y ss. De igual forma ha sido objeto de estudio en el Capítulo IV al tratar el tema del derecho aplicable a un contrato de cesión de créditos internacional.

¹⁶⁵ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 188. No obstante, tenemos que hacer la siguiente pregunta: ¿Hasta qué punto las reglas de la FCI son vinculantes? Entendemos que sólo vinculan a los sujetos firmantes, además como comprobaremos en posteriores páginas en ocasiones existirán problemas para reconocer los laudos dictados por sus árbitros en el correspondiente Estado.

Las cuestiones anteriores tienen una consecuencia negativa: El Código de Costumbres de la FCI no podrá ser tenido en cuenta a la hora de completar las lagunas que pudieran existir a la hora de interpretar este tipo de contratos, sólo podrá utilizarse para colmar las lagunas la autonomía de la voluntad, en este punto de nuevo se puede comprobar las grandes limitaciones de la reglamentación¹⁶⁶. Sin embargo, no es menos cierto que nos encontramos ante una reglamentación en la que se necesita gran dinamismo, el Código de Costumbres favorece la novación frente a la estancamientos que los derechos nacionales tienen en la materia y por ello la autonomía de la voluntad juega un papel importantísimo en la FCI¹⁶⁷. En la concreta práctica puede suceder que los contratantes no estén de acuerdo con toda la regulación contenida en el Código de Costumbres e incluso que no estén conformes con unas normas específicas del sistema de arbitraje, en estos casos las empresas de *factoring* firmantes podrán adaptarlas a su contrato tipo¹⁶⁸.

La vigencia del Código de Costumbres es constante, puesto se actualiza con cierta continuidad a través de las circulares jurídicas emitidas por el Comité Jurídico o por la Secretaría de la FCI que son distribuidas a los miembros de la FCI. En ellas incluso se pueden aclarar concretos problemas que se hubieran planteado en la práctica

¹⁶⁶ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 173; DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 188. Por eso, como afirman estos autores: “FCI es prudente en este sentido y conocedora de las limitaciones de sus normas por lo que exige a sus miembros, (...), la firma del contrato tipo haciendo que las reglas se mencionen en los contratos, evitando así la eficacia dudosa que parecen tener en otro caso”.

¹⁶⁷ *Ibidem*. En este punto y en relación con la autonomía de la voluntad, podemos encontrar de nuevo una gran relación entre los capítulos objeto de análisis, en este ámbito deberíamos dar por reproducidas todas las consideraciones realizadas en torno al principio de autonomía de la voluntad y la necesidad de agilidad de las transacciones comerciales. Todo lo cual desembocaría en las reglas de la “Nueva *Lex Mercatoria*” y el derecho elaborado por los comerciantes, en este caso por las asociaciones de comerciantes. Son los propios contratantes los sujetos más indicados y por lo tanto más cualificados para elaborar su propia normativa, normativa que beneficie en mayor medida sus intereses.

¹⁶⁸ *Ibidem*. Es el propio artículo 5 el que recoge la primacía de la voluntad en orden a proteger lo pactado en el contrato: “el contrato escrito suscrito entre un Factor de Exportación y un Factor de Importación que se encuentre en conflicto, difiera o se extienda más allá de los términos de este código tendrá prelación y anulará a cualquier condición, estipulación o disposición distinta o contraria la Código relativa a su objeto pero, en todos los demás aspectos, se someterá y tratará como parte de este Código”. Como ya indicábamos anteriormente en la nota al pie 147, para un estudio del texto en mayor profundidad del texto se pueden observar: www.abm.org.mx (última visualización marzo 2015) donde se recoge el Código de Factoraje internacional de Derechos aduaneros (IFC) promulgado por Factors Chain Internacional (última revisión agosto 1991). Otra versión más actualizada con el texto en idioma original. Vid. GARCÍA VILLAYERDE, Rafael., *El contrato...*, op. cit., p. 183 y ss: “*An agreement in writing made between an Export Factor and an Import Factor which conflicts with, differs from or extends beyond the terms of this Code, shall take precedence over and supersede any other or contrary condition, stipulation or provision in the Code relating to the subject matter thereof, but in all other respects shall be subject to and dealt with as part of this Code*”.

internacional. Las circulares también sirven para garantizar una interpretación uniforme¹⁶⁹.

6.3 Sumisión al sistema arbitral

La agilidad de las transacciones comerciales y su necesaria fluidez en un contrato de *factoring* internacional, sólo se puede alcanzar con la existencia de un procedimiento ágil y veloz de resolución de controversias. Aquí es donde cobra especial importancia el sistema de arbitraje. Además la complejidad de la materia supondría grandes inconvenientes a la hora de interpretar esta regulación por las jurisdicciones nacionales. En última instancia se consigue que “los miembros de la FCI verán sus problemas resueltos por especialistas en esa actividad que aplicarán los usos de la profesión y que tendrán capacidad para interpretarlos correctamente¹⁷⁰”.

El artículo 2 en su apartado a) del Código de Costumbres de la FCI indica que todas las controversias que surjan entre un Factor exportador y un Factor importador en relación con un contrato de *factoring* internacional serán sometidas a las normas de arbitraje de la misma siempre y cuando las dos partes sean miembros de la *Factors Chain Internacional* al tiempo de la solicitud de arbitraje¹⁷¹. En el apartado b) se indica que también podrán someterse a arbitraje cuando al menos una de las partes sea miembro de la FCI en el momento de la solicitud de arbitraje siendo necesario que la otra parte acepte la resolución por esta vía. El artículo 2 finaliza con el apartado c) donde se indica que el laudo tendrá carácter definitivo y obligatorio para las partes¹⁷².

¹⁶⁹ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 190, como señala esta autora, las circulares solucionan problemas concretos como el momento a partir del cual el Factor importador corre con el riesgo de la operación, si es desde el momento en que se ha producido la entrega de la mercancía o en un momento posterior. La utilización de las circulares para que los contratantes realicen siempre una interpretación uniforme es una cuestión muy importante que sólo se ha alcanzado con algunos instrumentos internacionales de gran calidad técnica y en cuestiones muy puntuales, como sucede con el Reglamento Roma I entre otros; sin embargo como pudimos comprobar en el estudio de la “Nueva *Lex Mercatoria*” la concreta práctica internacional y el principio de autonomía de la voluntad en muchas ocasiones no conlleva una aplicación uniforme.

¹⁷⁰ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 174; DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 191.

¹⁷¹ Vid. www.abm.org.mx (última visualización marzo 2015) donde se recoge el Código de Factoraje internacional de Derechos aduaneros (IFC) promulgado por *Factors Chain Internacional* (última revisión agosto 1991).

¹⁷² *Ibidem*

Las normas de arbitraje han sido revisadas y publicadas por última vez en junio de 1994¹⁷³, los árbitros son elegidos por el Comité Ejecutivo de la FCI teniendo en cuenta los especiales vínculos que pudiera tener en relación con el litigio como pudiera ser: nacionalidad, residencia. “Los árbitros serán ejecutivos de las compañías de *factoring* miembros de la FCI”¹⁷⁴...

Las partes podrán pactar en el contrato el lugar de arbitraje y en su defecto será el propio árbitro el que lo decida atendiendo a las circunstancias del caso concreto¹⁷⁵. La finalidad esencial es la reducción en la medida de lo posible de los posibles costes que genera el procedimiento arbitral. El laudo se considerará dictado en el país donde se celebre el procedimiento y en la fecha en que estuviera firmado por el árbitro. En este punto es donde se pueden plantear los mayores problemas, puesto que en ocasiones las partes deciden no cumplirlo de forma voluntaria a pesar de que, las partes al someterse al sistema de arbitraje y por ende al formar parte de la FCI se comprometen a cumplir eficazmente y en el menor tiempo posible con las resoluciones arbitrales y en su caso renuncian a la jurisdicción nacional oportuna. En todo caso siempre debemos tener en cuenta que la renuncia al conocimiento del asunto por un concreto tribunal no puede implicar una denegación de justicia, y por ello serán los tribunales del foro, en definitiva los tribunales que estén conociendo del asunto, los que determinen con arreglo a la *lex fori*, si el recurso no pudiere prosperar por los motivos anteriormente apuntados¹⁷⁶.

Mayores inconvenientes se podrían plantear en orden al reconocimiento y posible ejecución del laudo arbitral. Para el supuesto de que las partes no cumplieran voluntariamente con lo acordado, se consideraría como una infracción de las normas de la FCI pudiendo incluso suponer la expulsión de la misma. Es la propia Secretaría la que estudia el incumplimiento a instancia de parte, esta emitirá un Protesto el cual será a

¹⁷³ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 191.

¹⁷⁴ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier., “La regulación internacional...”, op. cit., p. 174; DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 192. “Las normas constan de 18 artículos en los que se detallan la elección de los árbitros, la solicitud de arbitraje, la respuesta a la solicitud, procedimiento, costas, etc. Se implantaron en 1976 habiéndose inspirado, en gran medida, en las Normas de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París”.

¹⁷⁵ *Ibidem*, de igual forma Vid. artículos 2, 7 y 13 de las normas de arbitraje dentro del Manual Jurídico de la CIF, Parte IV.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 175 y p. 194 respectivamente.

su vez puesto en conocimiento del Comité Ejecutivo el cual podrá causar la baja. Luego la FCI prevé un sistema de sanciones para sus miembros¹⁷⁷.

6.4 Conclusiones

La importancia de las reglas de la “*Factors Chain Internacional*” es innegable en el contexto de una libertad de mercado en el que se debe favorecer en la mayor medida posible la autonomía de la voluntad de los contratantes. El buen funcionamiento de la Cadena Internacional de factores se puede comprobar puesto que hay pocos laudos arbitrales. Se entiende que la política preventiva está surtiendo efecto y por ello no es necesario el recurso a la jurisdicción nacional.

Nos encontramos ante un derecho transnacional, en cierto modo uniforme altamente eficaz a la hora de resolver los problemas interfactores con independencia de las normas de producción interna de los ordenamientos con los que el contrato de *factoring* presente vínculos. Incluso prevé la aplicación de la ley del factor importador como reguladora del crédito cedido. Pero la eficacia en esta relación jurídica no puede llevarnos a afirmar que nos encontremos ante un derecho completo que pueda actuar de forma independiente de los ordenamientos nacionales¹⁷⁸.

Nos encontramos con un derecho de una gran calidad técnica y suficientemente específico, pero no completo. Regula perfectamente las relaciones jurídicas entre los factores o entre la empresa exportadora y la importadora; pero no existe regulación en relación con el resto de partes contratantes, como pudieran ser las relaciones entre el cedente y el cesionario, el cesionario y el deudor, terceros interesados o afectados por la transmisión del crédito, tampoco regula las posibles causas de la disolución del contrato, los posibles gastos a tener en cuenta y los supuestos de doble cesión entre

¹⁷⁷ *Ibidem*. Muchos de los problemas que se producen en la práctica internacional, derivan del hecho de que el arbitraje es de “equidad”, por ello el árbitro podrá dictar su laudo sin ajustarse a unas concretas normas jurídicas. Las decisiones en la mayoría de los casos son adoptadas de conformidad con el buen saber del árbitro y de acuerdo a la práctica comercial y costumbres de las empresas de *factoring*. No obstante, los árbitros en sus laudos deberán respetar las normas imperativas del concreto ordenamiento jurídico donde va a ser ejecutado.

¹⁷⁸ A semejanza de lo que ocurría con la reglas de la “*Nueva Lex Mercatoria*”.

otros. Luego nos encontramos ante una reglamentación parcial en la que se va legislando de conformidad con la práctica¹⁷⁹.

Por otro lado debemos tener en cuenta que el propio órgano “legislador” de la FCI, - es decir la Comisión Jurídica- no tiene potestad legislativa, es un órgano privado y sólo tendrá fuerza vinculante en la medida en que las partes se comprometan a cumplir con lo que ella decida. Los problemas aumentan cuando al analizar las normas nos encontramos con una normativa altamente compleja en la que no existen unos principios generales comúnmente aceptados por los sujetos intervinientes sino que “tiene cierta creación artificial”¹⁸⁰.

Cuando las partes en un contrato internacional de *factoring* deciden adherirse a las reglas de la FCI no impide que sus contratos puedan seguir regulándose por las correspondientes normativas nacionales, más al contrario estas deben servir de complemento. Y no sólo las normativas nacionales sino también los instrumentos internacionales existentes en la materia. La normativa de la FCI sólo tendrá validez sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, luego el árbitro sólo decidirá en relación con las cuestiones previamente autorizadas por las partes. La vinculación entre las reglas de la FCI y la normativa estatal correspondiente vendría determinada por el hecho del obligado cumplimiento del laudo a través de la aplicación de la legislación estatal. Las dificultades vendría amparadas por el hecho de que los tribunales estatales a la hora de reconocer o ejecutar ese laudo tendrían prácticamente que volver a conocer del fondo del asunto; lo cual implicaría un enorme retraso en relación con la ejecución del contrato de *factoring* y un elevado aumento de los costes, en muchas ocasiones difícilmente asumible por las partes.

Todo lo anterior nos sirve para extraer la siguiente conclusión: nos encontramos ante una reglamentación contractual con poca fuerza legal. El ordenamiento del tribunal del foro, en nuestro caso la *lex fori*, acabará siendo aplicable al fondo del asunto cuando las partes insten una ejecución forzosa del laudo arbitral ante el tribunal del foro. Por lo tanto, el Código de Costumbres sólo tendrá validez jurídica en la medida en que lo pactado por los contratantes tengan validez jurídica de conformidad con la ley aplicable

¹⁷⁹ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., pp. 196-197.

¹⁸⁰ *Ibidem*

al fondo del asunto. Siendo además necesario, que las posibles lagunas del Código de Costumbres sean completadas por la ley del foro; todo lo cual deberá encauzarse dentro de los límites que la autonomía de la voluntad material impone en relación con las normas imperativas de ese concreto Estado. Así pues en última instancia, un contrato de *factoring* siempre estará sujeto a la regulación que hagan los distintos ordenamientos con los que el contrato presente vínculos, “relativizando el peso del subsistema creado por la FCI”¹⁸¹.

Concluimos el estudio de la FCI proclamando un hecho que está siendo constatado a lo largo de todo nuestro estudio: la insuficiencia de las regulaciones internacionales. De la conclusión anterior ya se hizo eco UNCITRAL puesto que junto con las técnicas legislativas, “emplea otras que inciden en la práctica contractual y que tienden a conseguir uniformidad no ya legislativa, sino convencional. Se trata de la elaboración de reglas uniformes o de cláusulas tipo, de adopción voluntaria por libre decisión de las partes de un contrato, en uso de la autonomía de la voluntad”¹⁸²; como vía de solución de los posibles problemas que plantee la insuficiencia. Todo lo anterior nos lleva a la necesidad de recurrir de nuevo al fenómeno de la “*Lex Mercatoria*”, en muchas ocasiones, en la práctica comercial internacional debemos recurrir a una regulación nacida “de la práctica de los mercaderes en el ámbito de la contratación; un Derecho convencional del que trajo causa la costumbre, como fuente primaria del ordenamiento especial”¹⁸³.

Los problemas derivan del hecho de que nos encontramos ante una materia ampliamente fragmentaria que transfiere en gran medida el ámbito nacional y sin embargo, depende de los ordenamientos internos de cara al posible reconocimiento y en su caso ejecución de la futura sentencia¹⁸⁴.

¹⁸¹ *Ibidem*

¹⁸² OLIVENZA RUIZ, Manuel., “Nacionalidad e internacionalidad del derecho mercantil”, *Discurso leído el 16 de Mayo de 1993 en el acto de su recepción pública en la Real Academia Sevillana de legislación y jurisprudencia*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, p. 50.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 51.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 52. Compartimos la opinión de este autor al entender que: “la <<lex mercatoria>> no es ley y no siempre puede reconocérsele el carácter de costumbre, como fuente de Derecho objetivo. Ahí radica la relatividad de este fenómeno, al que si espacialmente ha de reconocérsele un ámbito <<transnacional>>, materialmente aparece fragmentado en sectores concreto del tráfico y, jurídicamente, precisa el apoyo continuo en los ordenamientos jurídicos nacionales para su reconocimiento, aplicación o ejecución”.

Luego a pesar de que las partes gocen de cierta autonomía en el ámbito internacional, nos encontramos con que tanto el contrato de cesión de crédito como el contrato de *factoring* deberán estar respaldados por un ordenamiento jurídico (ya sea un ordenamiento interno o un convenio internacional) para que la posible sentencia que resuelva el litigio planteado entre las partes tenga eficacia jurídica en un determinado ordenamiento. La autonomía de la voluntad queda supeditada nuevamente al posible reconocimiento y ejecución de la sentencia.

No obstante lo anterior y en relación con el contrato de *factoring* debemos tener en cuenta que “la ausencia de norma reguladora del contenido del contrato de *factoring* tanto nacional como internacional en la mayoría de los ordenamientos parece responder a la necesidad de flexibilidad de este contrato y de adaptación a la voluntad concreta de las partes. Cuanta mayor libertad y menos rigidez exista en la regulación más se adecuará la relación a los fines puntuales perseguidos”¹⁸⁵.

Los inconvenientes se presentarán en relación con los sujetos afectados por el contrato de cesión de créditos o por el contrato de *factoring* que son ajenos a esta relación jurídica con especial referencia al deudor así como otros posibles cesionarios del crédito e incluso otros acreedores de cedente. En ocasiones la cesión del crédito es efectiva en relación con las partes que han establecido el contrato según la Ley aplicable al mismo y sin embargo, no tiene efectos porque no se pueda reconocer o ejecutar en un determinado Estado. Nos encontramos por ende con una “cesión no oponible” y por lo tanto la empresa especializada de *factoring* correrá con el riesgo de no cobrar el importe debido, e incluso en ocasiones ni siquiera podrá llevar a cabo las funciones de gestión de cobro y en su caso poder recobrar el dinero que sirvió como anticipo. Lo cual supone grandes inconvenientes en el supuesto en el que las partes pactaran un contrato de *factoring* sin recurso. Por lo tanto, las empresas de *factoring* deberán conocer de antemano el mercado en el que deben actuar así como la legislación aplicable a ese concreto contrato. Así pues el contrato será reconocido y ejecutado cuando se cumplan todos los requisitos o formalidades exigidas tanto por la Ley que regula el contrato, como por las posibles leyes que estén vinculadas con el mismo¹⁸⁶.

¹⁸⁵ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 137.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 137-138.

De nuevo el contrato de *factoring* se enfrenta al problema de la falta de uniformidad de los distintos ordenamientos, ya que dependiendo de la concreta ley que sea aplicable los requisitos cambiarán de cara a la posible transmisión del crédito; en definitiva los sujetos contratantes se verán obligados a cumplir con todos los requisitos que marquen las leyes en presencia en el contrato; lo anterior en la práctica internacional se complica ya que en la mayoría de ocasiones las leyes son adecuadas a la práctica nacional. Las diferencias existentes entre las regulaciones complican la posición jurídica de la empresa de *factoring*, dentro de sus principales funciones se añade la necesidad de cumplir con los requisitos de las legislaciones con las que el contrato está vinculado; se hace necesario elaborar normas uniformes que lleven a la tan ansiada tranquilidad de los operadores internacionales.

CONCLUSIONES

“Conclusiones: La falta de suficiencia reguladora de los contratos de cesión de créditos por instrumentos internacionales”.

Como hemos podido comprobar a lo largo de todo nuestro estudio hemos constatado el siguiente hecho: la insuficiente regulación tanto del contrato de cesión de créditos como del contrato de *factoring* por parte de los instrumentos internacionales. En el ámbito internacional se ha recurrido a la cesión del crédito en líneas generales como mecanismo de financiación empresarial. Los inconvenientes se plantean en el supuesto concreto al encontrarnos con una legislación no adecuada a las necesidades del tráfico comercial actual. El contrato internacional de cesión de créditos y en su caso el contrato de *factoring* comenzó a desarrollarse en la “época colonial donde los agentes ofrecían a los comerciantes alejados de los lugares de venta la gestión de sus negocios, evitando así problemas como las diferencias de idioma, jurídicas o la ausencia de comunicaciones o transportes¹”. La unión de los hechos anteriores, junto con el aumento de la complejidad de las operaciones comerciales implica que estos profesionales cada vez sean más demandados en el comercio internacional². Sin embargo; la agilidad de la práctica comercial en materia de cesión de créditos exige una legislación rápida y veloz amparada bajo un sistema de reconocimiento y ejecución sencillo en el que se haya producido una reducción de los requisitos formales necesarios para que el contrato de cesión sea válido; alcanzar la premisa anterior no es fácil, ya que las discrepancias existentes en las legislaciones nacionales no favorece la uniformidad a escala internacional. Lo anterior va en detrimento de las prácticas comerciales.

Necesitamos contar con un mercado elástico y por lo tanto prácticamente autónomo de las legislaciones nacionales e incluso de las legislaciones internacionales. Nos encontramos con un tipo de contratos en el que la voluntad de las partes va a tener una importancia vital. El problema vendría determinado por el hecho de que como hemos analizado a lo largo de estos capítulos, la autonomía privada de la voluntad por sí

¹ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 317.

² *Ibidem*

misma no puede regular un contrato, ésta siempre deberá ir acompañada de la correspondiente normativa interna o del correspondiente Convenio internacional³.

En el contrato de cesión de créditos y en especial en el contrato de *factoring* los requisitos anteriores se agravan al encontrarnos con que los efectos del contrato superan la relación inter partes afectando a otros sujetos que en un primer momento no han sido parte de la concreta relación jurídica. “La repercusión *ad extra* de la cesión del crédito a partes no firmantes del contrato de *factoring*, no se solucionan mediante los instrumentos contractuales que, lo único que pueden regular, son las relaciones entre partes. La seguridad jurídica por lo tanto en la relación de *factoring* es una finalidad aun no alcanzada⁴”.

La necesidad de uniformidad de las legislaciones en el ámbito interno como en el ámbito internacional en relación con el contrato de cesión de créditos y más específicamente en el contrato de *factoring* internacional, es imprescindible ya que la situación jurídica inicial se ve alterada “gravemente” por el hecho de que siempre va a existir un tercero ajeno al contrato, en nuestro caso el deudor u otros cesionarios o acreedores del cedente. La empresa especializada o empresa de *factoring* tiene que tener la garantía total y absoluta de que la transmisión del crédito va a ser oponible en relación a todos los sujetos; con independencia de que en un primer momento sean sujetos ajenos al contrato. El supuesto anterior en la mayoría de las ocasiones no podrá garantizarse debido a las discrepancias jurídicas existentes entre las legislaciones nacionales e incluso entre los instrumentos internacionales, incluso a escala comunitaria⁵.

Hoy por hoy podemos afirmar que los sujetos que realizan cesiones de créditos en general y contratos de *factoring* en particular se mueven entre cierta inseguridad jurídica, lo cual implica que en ocasiones ni siquiera puedan prever las consecuencias que derivan de su actuación. La falta de uniformidad en la escala nacional se traslada a la escala internacional y a la escala comunitaria. Cuando las partes firman un contrato

³ DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 143.

⁴ *Ibidem*, pp. 143-144.

⁵ *Ibidem*. Como afirma la autora: la finalidad de este contrato cobra mayor relevancia cuanto más desconocidos sean los deudores, Vid. p. 317.

de cesión de créditos o un contrato de *factoring* tendrán la obligación de averiguar previamente si su contrato tendrá validez jurídica y por lo tanto efectos en el Estado o en los Estados con los que el contrato esté más vinculado, sin embargo en ningún caso podrán prever de antemano si esa determinada cesión de créditos podrá ser oponible frente a todos, en definitiva si el contrato de cesión de créditos o el contrato de *factoring* tiene efectos *erga omnes*; pudiendo darse en la práctica que cesiones globales o parciales de créditos puedan ser válidas de conformidad con la aplicación de un derecho de un determinado Estado y de conformidad con otro y otros no⁶.

El problema en este ámbito deriva del hecho de que a pesar de que la pretendida uniformidad se ha intentado, todavía no ha sido alcanzada con rotundidad. Ni siquiera en el marco de la Unión Europea han mejorado ostensiblemente las cosas, “el idóneo marco jurídico público con el que cuentan para llevar a cabo sus actividades contrasta con la vertiente privada donde la diversidad jurídica es la nota general, ya que hasta el momento, no existe ninguna normativa ni armonizadora ni unificadora referente al contrato de *factoring* o al instrumento de cesión de crédito”⁷. Luego el juez a la hora de resolver el litigio no tendrá más opciones que basarse en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos en presencia y realizar la enorme tarea de analizar todas las posibles respuestas para obtener así la solución más justa en relación al litigio planteado⁸.

Como se ha podido comprobar a lo largo del presente tesis, no existe en la mayoría de los Estados un regulación que de forma específica y contundente regule el contrato de *factoring* internacional, lo cual en la mayoría de los casos es resuelto por las partes a través del uso de la autonomía de la voluntad. Lo anterior nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión, pero ¿hasta que punto esto es válido? ¿Son los propios comerciantes los sujetos más adecuados para regular sus prácticas? En principio sí, en virtud del principio esencial y reinante en el Derecho privado de la libre autonomía de la voluntad de la partes que en nuestro Ordenamiento interno se recoge en el artículo 1255 del

⁶ *Ibidem*, e incluso como señala esta autora en la práctica concreta puede suceder que de conformidad con un determinado ordenamiento jurídico se admita como válido el embargo del crédito cedido de un tercero a una empresa de *factoring* y de conformidad con otro Estado no.

⁷ *Ibidem*, p. 145.

⁸ Para un análisis en mayor profundidad del tema Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos., “Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados”, en *La unificación jurídica en Europa*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (J.M García Collantes, ed.), Madrid, Civitas, 1999, p. 27.

Código Civil, con los límites que en él se explicitan: sin que sean contrarios ni a las leyes, ni a la moral ni al orden público.

Tras el análisis del contexto internacional en la materia podemos afirmar que en la mayoría de los supuestos son las propias partes implicadas las que se convierten en “legisladores” sobre la base del principio de autonomía de la voluntad. La tan “ansiada” previsibilidad de las resoluciones en materia de cesión de créditos o en relación a un contrato de *factoring* se consigue en los instrumentos internacionales a través del principio de autonomía de la voluntad, con independencia del ámbito de actuación ante el que nos encontremos. Por ello, a la hora de determinar tanto los tribunales competentes como el posible reconocimiento y en su caso ejecución de la sentencia, así como para determinar la legislación aplicable a ese contrato de cesión de créditos o de *factoring* internacional los sujetos contratantes estarán altamente cualificados para pactar como aplicable a su contrato la normativa que más le favorezca.

Nos encontramos con un sector muy complicado en el que nos encontramos con que los sujetos intervinientes deben adaptarse a un sector muy técnico. En la mayoría de las ocasiones son empresas especializadas en la materia, y esa es el gran beneficio de las empresas de *factoring*, las partes recurren a un empresario especializado que conozca las costumbres y el sistema jurídico concreto; así pues en este tipo de contratos lo más lógico es la especialización y por lo tanto se realizarán contratos con gran rigurosidad en los que ya queden fijados de antemano los tribunales competentes y la legislación aplicable. Mayores inconvenientes plantea el supuesto contrario, es decir que las partes no hubieran sido previsoras y en el contrato no se hubiera pactado ni los tribunales competentes ni la legislación aplicable en caso de litigio, puesto que como hemos analizado a lo largo de los capítulos anteriores se deberían aplicar los correspondientes foros de competencia judicial internacional y en su caso los puntos de conexión necesarios dependiendo del ámbito ante el que nos encontráramos.

Y aquí es donde surgen todos los problemas, los instrumentos internacionales en presencia, adoptan en muchas ocasiones soluciones jurídicas diferentes en relación con un mismo contrato. Una vez que se ha planteado el litigio las partes y en última instancia el órgano jurisdiccional, tendrán que realizar la ardua labor de comprobar todos los vínculos del contrato con los ordenamientos jurídicos para entablar la acción

ante los tribunales más vinculados con el caso y asegurarse así, de que el tribunal ante el que se interpone la demanda no rechazará el conocimiento del asunto y por lo tanto se declarará competente del mismo. De nuevo nos encontramos con el inconveniente de que en ocasiones el tribunal mejor situado para conocer no es el tribunal que beneficie en mayor medida sus intereses. Y fobia nos produce en este ámbito el “vértigo del nacionalismo judicial”⁹.

Así pues, la regulación de la cesión del crédito es diferente dependiendo de los ordenamientos en presencia, lo cual cobra especial relevancia en el supuesto de un contrato de *factoring* pues en ocasiones esta empresa tendrá muchos problemas para llevar a cabo el cobro. Todos estos inconvenientes se superarían con instrumentos jurídicos de gran calidad donde se utilicen foros o puntos de conexión que cubran todos los supuestos. En el ámbito comunitario nos encontramos con instrumentos que en cierto modo cumplen con lo anterior. Un ejemplo de ello lo encontraríamos en el Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre, donde establece el primer foro el de elección de las partes, ya sea de forma expresa o tácita para posteriormente hacer aplicables otros foros en función de los vínculos existentes en el contrato. Se garantiza así que el juez que conozca del asunto y en su caso el juez que reconozca o ejecute la sentencia sea un juez previsible para las partes. De igual forma se comporta el Reglamento Roma I en relación con la legislación aplicable. Donde se establecen los puntos de conexión a la hora de determinar el ordenamiento jurídico aplicable para que la cesión sea eficaz.

La diferencia entre las legislaciones y por lo tanto la falta de uniformidad tanto a escala nacional, como a escala comunitaria o en el ámbito internacional, cobra gran magnitud en relación con la posible oponibilidad de la cesión a sujetos “ajenos” a la relación jurídica, en este ámbito se aceptan varias soluciones como posibles: tendrá prioridad el cesionario que antes notifique la cesión al deudor, en otros casos tiene prioridad el que primero hubiera transmitido el crédito, lo más lógico en otras ocasiones será atender al primero que hubiera inscrito la cesión en el registro y así sucesivamente; todo dependerá del concreto ordenamiento jurídico aplicable al caso. Ni siquiera el

⁹ Término acuñado por los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Por desgracia en ocasiones, los tribunales a la hora de dictar la sentencia favorecen al nacional de su país frente a la otra parte.

Convenio de Roma ni su predecesor el Reglamento Roma I son capaces de regular con exactitud esta materia, pues entre sus normas de conflicto no existe una que “cual de todas las leyes en presencia ha de ser cumplida por la empresa de *factoring* para alcanzar un mejor derecho”¹⁰.

La falta de uniformidad también se puede observar en el contrato de cesión de créditos en cuestiones tan esenciales como la admisión o no de cesiones globales de créditos, la transmisión o no junto con el crédito de los correspondientes derechos accesorios y la admisión o no de las dobles cesiones¹¹.

Si en relación con el contrato de cesión de créditos existen “pequeñas discrepancias” en relación con el contrato de *factoring* sólo hemos encontrado “pequeños” esfuerzos a la hora de conseguir la tan ansiada uniformidad probablemente ocasionada por la gran complejidad técnica de la materia¹². En el ámbito de las Naciones Unidas nos encontramos con Convenciones “complicadas” en las que para conseguir el mayor número de Estados contratantes deciden “pasar por alto” y en su caso no regular las cuestiones más complejas en las que existe mayor disparidad jurídica entre los Estados, como sucede con los supuestos de eficacia de la cesión y en su caso del contrato de *factoring* en relación con los terceros.

Como estudiábamos en el anterior Capítulo, en el ámbito de UNIDROIT cobraba especial relevancia el Convenio de Ottawa de 1988 sobre *factoring* internacional. Como analizábamos en el Capítulo VII nos encontramos ante un instrumento fragmentario con una regulación parcial del contrato de *factoring* puesto que en líneas generales sólo reglamenta la relación jurídica entre el último cesionario adquirente del crédito y el deudor. La parcialidad de la regulación no tuvo como consecuencia el efecto querido; es decir la adhesión por el mayor número posible de Estados, actualmente el citado Convenio sólo será aplicable para Alemania, Francia, Hungría, Italia, Letonia y Nigeria¹³.

¹⁰ Vid. DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 319.

¹¹ *Ibidem*

¹² *Ibidem* p. 320, compartimos la opinión de esta autora al entender que nos encontramos con “proyectos que, aunque inconclusos, ayudan a conocer los problemas de la cesión de crédito y el elenco de soluciones jurídicas posibles”.

¹³ *Ibidem*

Su ámbito de aplicación material fomenta la parcialidad, ya que sólo podrá aplicarse a los contratos de *factoring* en los que acreedor y deudor tengan establecimientos en distintos Estados, por lo tanto comporta el grave de error de no regular el resto de contratos con otros vínculos que internacionalicen la cesión. Siendo demasiado específico en otras cuestiones que no vitales; como sabemos para que sea aplicable el Convenio de Ottawa será necesario que el cesionario lleve a cabo al menos dos de las siguientes funciones: financiación, contabilidad, cobro de créditos y en su caso protección contra el impago de deudores. Todo se cierra con una errónea asunción del principio de autonomía de la voluntad en el artículo 3, al permitir que las partes contratantes puedan excluir la aplicación de la globalidad del Convenio favorece la inseguridad jurídica, puesto que al existir como mínimo tres sujetos a los que les afecta el contrato siempre uno de ellos quedará desprotegido al no ser informado de que el instrumento internacional finalmente no resulta aplicable al contrato por exclusión expresa de las otras partes¹⁴.

Como hemos indicado en las anteriores páginas, la falta de uniformidad y en su caso la parcialidad de la regulación en muchas ocasiones dificulta la determinación del derecho aplicable y en ocasiones conlleva la aplicación de un derecho poco previsible para las partes. En determinados supuestos, por falta de especificidad o incluso por falta de regulación se producen situaciones altamente insatisfactorias para las partes que en muchas situaciones tienen que convertirse en auténtico jurisconsultos y duchos en derecho. Es lo que sucede en este Convenio con la validez de los pactos realizados entre las partes del contrato de *factoring*, como la Convención de Ottawa no hace siquiera referencia a esta materia, a la hora de determinar si un pacto es válido o no, las partes y en última instancia los tribunales aplicarán el ordenamiento jurídico que otorgue eficacia jurídica a esos pactos o relaciones y por lo tanto favorezca la autonomía de la voluntad. Lo mismo sucede en relación con los terceros y la posible oponibilidad del contrato de *factoring* a estas partes, todo dependerá de lo que establezca la *lex fori*. Por lo tanto, los contratantes a la hora de celebrar un contrato de *factoring* deberán tener en cuenta que pese a la aplicación en un primer momento de un Convenio internacional

¹⁴ *Ibidem*, p. 321.

siempre será aplicable con carácter subsidiario un ordenamiento interno concreto cuya regulación puede ser diferente a la de otros ordenamientos jurídicos¹⁵.

La cuestión de alcanzar la pretendida uniformidad se complica aún más con la existencia de una regulación realizada por las distintas cadenas de *factoring*. Como hemos comprobado a lo largo de todo el Capítulo VII de nuevo nos encontramos con una regulación fragmentaria ya que simplemente se dedica al estudio de la relación jurídica entre los dos factores. Es una regulación de gran calidad técnica pero que sin embargo sólo regula los problemas más habituales de la práctica comercial. Si las empresas especializadas de *factoring* quieren que estas normas sean tenidas a la hora de regular su relación comercial, deberán incorporar el contenido del Código de Costumbres a su contrato y deberán realizar un pacto de sumisión a favor de los árbitros de la Cadena Internacional de Factores¹⁶. De nuevo nos encontramos con una normativa que debe encuadrarse dentro de la normativa nacional correspondiente puesto que por sí misma no es autónoma. Así pues de nuevo nos encontramos con la falta de uniformidad.

De todo lo anterior se puede extraer la siguiente conclusión: con independencia del instrumento internacional ante el que nos encontremos (con la excepción del Reglamento 1215/2012 y el Reglamento Roma I)¹⁷ será aplicable en última instancia al contrato de cesión de créditos y especialmente en relación con el contrato de *factoring*, un concreto ordenamiento jurídico nacional. Los problemas se agudizan en este punto puesto que en ocasiones podrán aplicarse diferentes ordenamientos jurídicos a un mismo contrato, e incluso la práctica conduce a situaciones más rocambolescas y puede que nos encontremos ante ordenamientos jurídicos con regulaciones contradictorias. Todo lo anterior desencadenará problemas en relación con el reconocimiento y ejecución de la sentencia y las partes comercio internacional tendrá necesidad de una justicia universal; en definitiva que su sentencia sea válida y en su caso tenga efectos ejecutivos en todos los países en los que actúe. Fuera del ámbito comunitario, con los instrumentos internacionales con los que contamos en la actualidad se convierte en una práctica casi imposible produciendo como última consecuencia la disminución del

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ Quedarían a salvo los instrumentos comunitarios donde existe una gran calidad legislativa, siendo válidos estos instrumentos por sí solos para regular la situación privada internacional, en nuestro caso el contrato de cesión de créditos o el contrato de *factoring*.

comercio internacional. Los contratantes reducirán sus prácticas comerciales por el miedo a la incertidumbre y por la falta de previsibilidad.

El Reglamento Roma I es un ejemplo de instrumento internacional en el que en última instancia se garantiza la uniformidad. Como indicábamos en el Capítulo IV el Reglamento 593/2008 establece una serie de puntos de conexión a la hora de determinar el derecho aplicable, favoreciendo en primer lugar la aplicación de la ley elegida por las partes en virtud de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (art. 3); en defecto de dicha previsión se hacía aplicable la ley de la residencia habitual de la parte que realizara la prestación característica (art. 4.2); no obstante lo anterior, cabe una excepción cuando se entienda que el contrato presenta vínculos “manifiestamente” más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país para garantizar la previsibilidad (art. 4.3). El Reglamento avanza más con el artículo 4.4 está destinado a los supuestos en los que no se pueda determinar el prestador característico o incluso para aquellos contratos de cesión de créditos en los que no pueda determinarse la residencia habitual o en su caso administración principal, se establece una cláusula de cierre en virtud de la cual se aplicará la ley del país más vinculada con el supuesto.

Luego el Reglamento Roma I garantiza la previsibilidad de la ley aplicable con un sistema en cascada de puntos de conexión, en última instancia se garantiza que siempre será aplicable la ley del país más vinculado con el supuesto. El problema en estos supuestos vendría determinado por el complicado análisis que en muchas ocasiones se tiene que llevar a cabo para establecer expresamente cual es el concreto país más vinculado. Se garantiza prácticamente el reconocimiento y ejecución de la sentencia ya que en la mayoría de ocasiones la aplicación del Reglamento conlleva aplicar la Ley de un Estado comunitario, garantizándose así en muchos casos la aplicación del Reglamento 1215/2012 donde “prácticamente desaparece” el sistema de reconocimiento y ejecución. Luego la sentencia será reconocida en el ámbito comunitario simplemente si cumple con los requisitos legales “mínimos” fijados en la normativa comunitaria.

No podemos olvidarnos, que todo lo anterior es completado por el Reglamento Roma I con el artículo 14 y por lo tanto podremos aplicar al contrato de *factoring* la ley del crédito cedido, es decir la ley que regula el contrato del que nace el crédito. Así pues con este Convenio se cubren todos los posibles problemas que pudieran conllevar el

contrato de *factoring*, ya que la aplicación de la ley elegida por las partes o en defecto de lo anterior, la aplicación de la Ley del establecimiento de la empresa especializada o empresa de *factoring* se puede aplicar a todos los tipos de *factoring*. No existen problemas en relación con el *factoring* directo de exportación ya que las dos empresas tienen su establecimiento en el mismo Estado. Por otro lado en el *factoring* directo de importación, donde el cliente contrata con una empresa de *factoring* extranjera con establecimiento en el país donde están situados sus clientes, en la mayoría de los casos nos encontramos con contratos en los que las exportaciones de los clientes suelen realizarse todas en el mismo Estado (en caso contrario varios contratos de *factoring* con varios deudores en diferentes Estados tendría que acudir al *factoring* indirecto) y por ende la ley aplicable sería la misma en defecto de cláusula de elección de Ley: la ley del establecimiento principal del prestador característico, el factor importador¹⁸.

Cuando nos encontremos ante un contrato de dos factores y por lo tanto existirán dos contratos distintos, la solución también dada por el Reglamento. La primera relación, la existente entre el cliente y la empresa de *factoring* con domicilio en su mismo país se asimilará a un *factoring* de exportación directo a la que se aplicará la Ley de la residencia habitual del prestador característico en definitiva el factor. Por otro lado, el contrato realizado entre los dos factores, nos encontramos con que el prestador característico será el primer factor puesto que es este el que transmite las funciones al segundo. En defecto de pacto de elección de Ley será aplicable la Ley del establecimiento principal del primer factor. No obstante, la relación del factor importador con el deudor seguirá regulándose por el artículo 14.2 y por lo tanto se aplicará la ley del crédito cedido. Se consigue así la unificación jurídica y por lo tanto la previsibilidad de la ley aplicable, en nuestro caso la Ley del prestador característico a las dos relaciones jurídicas; tanto al contrato de *factoring* propiamente dicho como al contrato interfactores¹⁹.

El Reglamento Roma I también resuelve los problemas que se puedan plantear en relación con la eficacia de la cesión frente a terceros interesados en que la transmisión del crédito no se produzca y por ello siempre estuviera en el patrimonio del cedente y no en el de la empresa especializada de *factoring*. Como indica el artículo 14 en su

¹⁸ *Ibidem*, p. 325.

¹⁹ *Ibidem*

apartado segundo a la relación entre el cesionario y el deudor le será también de aplicación la ley del crédito cedido, es decir aquella que rige el negocio en virtud del cual surge el crédito, pudiendo ser una compraventa o una prestación de servicios. Aquí es donde se puede complicar la cuestión puesto que las partes y en su caso los órganos jurisdiccionales tendrán que aplicar de nuevo las normas de un concreto Estado que en ocasiones pueden remitirnos de nuevo a otro instrumento internacional; es lo que podría suceder en nuestro caso si nos encontráramos con que el contrato que origina la cesión del crédito fuera una compraventa internacional, deberíamos aplicar al Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980²⁰.

La complejidad del artículo 12 se entiende dentro del contexto de protección del deudor. Algo en lo que sí existe cierta uniformidad en todos los ámbitos, es la necesidad de protección del deudor y por lo tanto que su situación jurídica no se vea agravada por el solo hecho de la cesión. Al deudor se le seguirá aplicando la misma ley, la ley del crédito cedido, con independencia de que existiera un nuevo acreedor en la relación jurídica. El problema como mencionábamos anteriormente deriva del hecho de que se aplicará una ley u otra dependiendo del tribunal que conozca del asunto; e incluso el deudor en determinados supuestos puede querer un cambio en la regulación de su contrato y en este caso la previsibilidad garantizada por el artículo 12.2 ya no tendría sentido y podría admitirse el cambio del ordenamiento siempre y cuando el deudor hubiera dado su consentimiento. Tampoco se garantiza la seguridad jurídica de la empresa de *factoring* cuando se admite la posibilidad de que las partes del contrato originario puedan modificar en cualquier momento la ley del crédito cedido. En última instancia se debería haber admitido la posibilidad de que tanto el cesionario como el deudor pudieran cambiar la ley aplicable a su contrato, y sólo cuando estas partes no hubieran hecho uso de su derecho de autonomía de la voluntad, aplicar la ley del crédito cedido²¹.

Todo lo anterior nos conduce a la siguiente afirmación: mientras no se garantice la autonomía de la voluntad también en la relación entre el cesionario y el deudor, las empresas de *factoring* deberán tener en cuenta todos los requisitos que establezcan las Leyes con las que el contrato presente vínculos para poder asegurarse así el cobro del

²⁰ *Ibidem*

²¹ *Ibidem*, p. 328.

crédito. Lo cual implica un aumento de los costes económicos puesto que prácticamente se tienen que convertir en “sabios del derecho” lo cual supondrá una disminución de los contratos de cesión de créditos y en su caso de los contratos de *factoring* internacional. Cuestión que no debe permitirse en la era de la globalización.

Luego a pesar de encontrarnos ante instrumentos internacionales de gran calidad técnica, en muchas ocasiones la falta de regulación conllevará la aplicación de normativas internas no suficientemente vinculadas con el supuesto y por lo tanto poco previsibles para las partes. Generando un aumento de los costes, convirtiendo las operaciones de *factoring* internacional a cuestiones particulares de operadores muy especializados dotados de grandes recursos económicos; lo cual dificultaría notablemente la propia función del contrato como medio de financiación de empresas y de gestión de cobro de deudas pendientes de pago. Comprobamos como el crédito y el comercio internacional se convierte en una necesidad a garantizar por los Estados. Se deberá garantizar la reducción de los costes de las transacciones comerciales como del tiempo para conseguir un aumento de las transacciones comerciales y por ende un aumento de los contratos de cesión de créditos.

Todo lo anterior sólo podrá garantizarse cuando exista cierta unidad entre los tribunales competentes y el posible reconocimiento y ejecución de la sentencia, con el derecho aplicable. Con nuestro estudio hemos intentado analizar los tres ámbitos de actuación, considerando especialmente importante la necesidad de uniformidad de todos los instrumentos jurídicos (nacionales o internacionales) en presencia en un contrato de cesión de créditos o en un contrato de *factoring* para conseguir en última instancia la fluidez del comercio en estas materias. Sólo cuando un empresario observe “ciertas garantías” de que estará igualmente protegido jurídicamente hablando con independencia del mercado en el que actúe, querrá ampliar su negocio e “invadir” otros mercados. Hoy por hoy, es una cuestión muy arriesgada sobre todo fuera del ámbito comunitario, pues como ya hemos tenido ocasión de comprobar en ocasiones las legislaciones son tan dispares que llevan al caos legislativo.

BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL ZAMORA, J.M., “Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit”, *Derecho de los negocios*, nº 81, 1997, pp. 11-24.

ADRIÁN ARNÁIZ, Antonio Javier., “Las conexiones subsidiarias en las obligaciones contractuales: sus fundamentos y estructuras jurídicas”, en *REDI*, 1987, pp. 45-66.

AGUILAR NAVARRO, Mariano., *Derecho civil internacional*, 4ª. ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de 1975 (reimpresión en 1979), pp. 521-656.

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo II, vol. 1º; 7ª ed., Barcelona, 1983, pp. 350 y ss.

ALEXANDRE, D.; HUET A.,

- <<Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciales)>>, *Rep. Internat. Dalloz*, enero 2003, pp. 26-27.

- “Comentario a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 29 de enero de 1981”, *RCDIP*, núm. 71, 1982, p. 397 y ss.

ANDERSON, Miriam., *La cesión de créditos hipotecarios: (requisitos para la transmisión-adquisición)*, Barcelona, Cedecs Derecho Privado, 1999, pp.1269 y ss.

ÁNGEL, B., “Comentario a la sentencia Group Concorde”, en *RCDIP*, núm. 2, 2000, pp. 253-264.

ANGULO RODRÍGUEZ, M.,

- “Artículo 10.5 C.c.” en *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975)*, vol. I, Madrid, Tecnos 1977, pp. 520-529.

- “Las obligaciones contractuales en el vigente Título Preliminar del Código Civil español”, en *Revista profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, 1975, pp. 231-242.

ARIZA HIGUERA Libardo., BONILLA MALDONADO, Daniel., “El pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, en *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2007, p. 35.

ASSER, T.M.C., “Droit international privé et droit uniforme”, vol. XII, RDILC, 1880, pp. 3-22.

AUDIT, B., *Droit International privé*, Economica, París, 4ª. ed., 2006, pp. 661 y ss.

BAZINAS SPIROS, V.,

- “Contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho que rige la financiación mediante cesión de créditos: la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional” en *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 88, Octubre-Diciembre 2002, pp. 181-205.

-“UNCITRAL’s contribution to the unification of receivables financing Law: The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade”, *URL/RDU*, 2002, pp. 49 y ss.

- “The Convention on International Receivables Financing”, *DCINSIGHT*, April-June 2004, pp. 19-21.

- “Le projet de Convention de la CNUDCI sur la cession de créances á des fins de financement”, *Revue de droit Bancaire et de la Bourse*, N° 75, septembre-octobre, 1999, pp. 171-182.

-“UNCITRAL’s contributions to the unification of receivables financing law: the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade”, *Banking Law Committee Newsletter*, December 2006, pp. 6-11.

- “Key Policy Issues of the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade”, *Tulane journal of international and comparative law*, vol. 11, spring 2003, pp. 275-301.

- “An international legal regime for receivables financing: UNCITRAL’S CONTRIBUTION”, *Duke Journal of comparative & International Law*, vol. 8, 1998, pp. 315-358.

- “Lowering the Cost of Credit: The Promise in the Future UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade”, *UNCITRAL Draft Convention on Assignment of Receivables in International Trade*, vol. 9, Tulane University, 2001, pp. 259-294.

- “The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade: Insolvency Aspects”, *Int. Insolv. Rev.*, vol. 13: 155-165, 2004, pp. 159-161. Documento en línea www.interscience.wiley.com DOI: 10.1002/iir.119. Última visualización septiembre 2014.

BADENES GASSET, Ramón., *El contrato de compraventa*, Tomo I, Bosch, 1979, pp. 117 y ss.

BALLARINO, T., “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto” en *CDT*, vol. I, núm. 1, 2009, pp. 5-18.

BARRES BENLLOCH, Pilar., EMBID IRUJO, José María., MARTÍNEZ SANZ, Fernando., *Principios del Derecho contractual europeo*, Parte III, Madrid, Colegios Notariales de España, 2007, pp. 153 y ss.

BENITO, L., *Las bases del Derecho mercantil*, Manuales Soler nº XXXIV, Barcelona: Sucesores de Manuel Soler, 1903, pp. 145-146.

BERAUDO, Jean Paul., “Le Règlement CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *JDI Clunet*, 2001, pp. 1033-1084.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Valencia, Tirant Lo Blanch., 2013, pp. 10783-10881.

BERHAR-TOUCHAIS, M., VIRASSAMY, G., “Les contrats de la distribution” en *LGDJ*, París, 1999, pp. 367 y ss.

BERLIOZ, P. “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *JDI Clunet*, núm. 3, 2008, pp. 675-717.

BERMAN HAROLD J., “The Law Merchant and the old sources, content, and legitimacy”, en *Lex mercatoria and Arbitration*, Transnational Juris Publications, Paris, 1990, pp. 7 y ss.

BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar., “Contrato internacional de seguro”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis., (Dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 410-433.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, LOURDES.,

- *Cesión de créditos garantizados con Hipoteca*, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pp. 128 y ss.

“La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, mayo, 2003, pp. 644 y ss.

BOIX RODRÍGUEZ, *La notificación al deudor cedido de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007*. Documentos en línea www.notariosyregistradores.com (última visualización mayo 2015)

BOLAÑOS, Hevia., *Curia Filipica*, 1725, pp.100 y ss.

BONELL, Michale Joachim.,

- “Unificazione internazionale del Diritto” en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXV, 1992, pp. 720-734.

- “The Unidroit Principles of internacional comercial contracts: Why? What? How?, *Tu Lane Law Review*, vol. 69, April 1995, nº 5, pp. 1121-1148.

- “The Unidroit Principles of internacional Comercial Contrats anda the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”, *Uniform Law Rev.*, 1996, pp. 235 y ss.

BORDIGNON, L., *La Cessione del credito tra disciplina generale e disciplina speciale: l'esperienza francese*, Padova, Cedam, 2003, pp. 223 y ss.

BORRAS RODRÍGUEZ A., “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro, AA.VV en *Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gastéiz*, 2001, País Vasco, 2002, pp. 287-318.

BORTOLOTTI, F., *Diritto del contratti internazionali*, Padova, Cedam, 1997, pp. 40 y ss.

BOUZA VIDAL, Nuria., “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la Ley aplicable a los contratos internacionales”, en *Cursos de derecho internacional Vitoria*, 2004, 51 p. www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/.../2004 (última consulta mayo 2014).

CADENA AFANADOR Walter René, *La Nueva Lex Mercatoria, la transnacionalización del derecho*, Centro de Investigaciones Sociojurídicas Universidad Libre de Colombia, Facultad de Derecho, Colombia, 2004, 350 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis,

- “La ley aplicable a los contratos internacionales (El CR de 19 de junio de 1980)”; en *Revista del Derecho de los negocios*, núm. 43, 1994, p. 1-18.
- *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 47-51.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier.,

- *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 13ª ed., Granada, Comares, junio 2012, pp. 164 y ss.
- *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 13ª. ed., Granada, Comares, junio 2012, pp. 579-734.
- *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª. ed., Granada, Comares, junio 2010, pp. 571-753.
- “Ley aplicable al contrato internacional”, en *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 57-96.
- “Tribunales estatales competentes y contratación internacional” en *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003, pp. 11-19.
- “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000” en *International Law: Revista Colombiana de derecho internacional*, número 4, 2004, pp. 50 y ss.
- “Contratos Internacionales (I): Competencia Judicial y Ley aplicable”, en A.A.V.V., *Derecho del comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 482 y ss.

- “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo II, Colegio Notarial de Madrid, 29 enero de 2009, pp. 121- 252.

- *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997, pp. 80-81.

- “El Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 43-65.

CALZOLAIO, E., *Il factoring in Europa*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 12 y ss.

CAMACHO LÓPEZ, María Elisa., “Problemáticas jurídicas del contrato de *factoring*, asociadas a su construcción dogmática a partir de la figura de la cesión de créditos. (Con particular atención a la experiencia italiana)”, en *Revist@ e-Mercatoria* Vol 10, Número 1 (enero – junio 2011), 18 p.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio., “Código Civil Europeo: ¿por qué, cómo y cuándo?”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (coord.), Vol. 1, Semblanzas, Derecho Civil, Parte General, , Madrid, Civitas, 2002, pp. . 347-379.

CARBONE, S.M.,

-“Il <<contratto senza legge>> e la convenzione di Roma de 1980”, *RDIPP*, 1983, vol. XIX, pp. 279-289.

- “L’autonomía privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni” , *DCSI*, 1982, pp. 15-38.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier.,

- “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable al contrato internacional”, en *Anales de Derecho*, nº 18, 2000, pp. 7-40.

- *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 65-82.

- *Globalización y Derecho Internacional Privado*, Albacete, LiberLibro.com, 2002, pp. 98-109.

- “La lucha por la prestación característica (I): los contratos internacionales de distribución”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., AREAL LUDEÑA, Santiago., (dirs.), *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 349-369.

- “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 87-119.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, Miguel C., “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español” en *La Ley-Actualidad*, Tomo I, Madrid, 1996, pp. 1335-1374.

CARRILLO POZO, L.F.,

- “La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Poder Judicial*, núm. 74, 2004, pp. 11-46.

- *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza: Cometa, 1994, pp. 71 y ss.

CARSELLA, Michael., “UNCITRAL: First step in the globalitation of asset-based lending”, *The secured lender*, November/December 1998, pp. 108-120.

CASTELLANOS RUIZ Esperanza.,

- “Competencia judicial internacional sobre venta internacional: artículo 5.1 Reglamento 44/2001”, en A.A.V.V., Estudios sobre contratación internacional, Madrid, Colex, 2006 pp. 110 y ss.

- El Reglamento <<Roma I>> sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., Derecho transnacional, Granada, Comares, 2009, 165 p.

- “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles: Balance de 15 años de vigencia” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 121-188.

- “Compraventa Internacional” en Curso de Contratación internacional, Madrid, Colex, 2003, pp. 147-231.

- “Compraventa internacional” en *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, pp. 191-306

- “Los contratos internacionales y el mito de la <<Nueva Lex Mercatoria>>” en Estudios de contratación internacional, Madrid, Colex, 2006, pp. 55 y ss.

- “Autonomía conflictual y contratos internacionales: algunas reflexiones” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., AREAL LUDENÑA, Santiago., (Coords), *Cuestiones actuales de Derecho mercantil internacional*, 2005, pp. 105-150.

CEBRIÁN SALVAT, María Asunción.,

- “Competencia judicial internacional en defecto de pacto en los contratos de distribución europeos: el contrato de distribución como contrato de prestación de

servicios en el Reglamento 44” en Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2013, Vol. 5, Nº 1, p. 125. www.uc3m.es/cdt (última consulta octubre 2013).

CHULIÁ VICENT, E., BELTRÁN ALANDELL, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, I, 4ª. ed., Barcelona, Bosh 1999, pp. 29 y ss.

COLMO, Alfredo., *De las obligaciones en general*, 2ª ed., núm. 1050, Buenos Aires, 1928, 824 p.

COQ HUELVA, Daniel., “La Globalización Financiera: Empresas y Estados”, *Revista de economía mundial*, Nº 7, Sección General, 2002, pp. 135-156.

DAVID René.,

- “Il Diritto del commercio internazionale, un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?”, *Revista di Diritto civile*, 1976, pp. 577-598.

- L’arbitrage dans le comerce international, Paris, Economica, 1982, pp. 106-116.

DE ANGULO RODRÍGUEZ, M., “Artículo 10.5 C.c”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975)*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 520-529.

DE CÁRDENAS SMITH, Carlos., KIENINGER, Eva María., SIGMAN, C. HARRY., “La propuesta de Reglamento Roma I y la cesión de créditos”, en *Diario la Ley* nº 6523, 11 Jul. 2006, pp. 1368-1378.

DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, 1975, pp. 375 y ss.

DE DIEGO, D.F., *La Transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, 1912, 145 y ss.

DE FORONDA, Valentín., *Cartas sobre los asunto más exquisitos de la economía-política, y sobre las leyes criminales*, Tomo 1º, 3ª ed., 1821, pp. 77-78.

DE IZAGUIRRE, J.M., “Factoring” en ALONSO UREBA, A., BONARDELL LENZANO, R., GARCÍA VILLAYERDE, R., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 573 y ss.

DE LA SIERRA FLORES, María de la Sierra., “El contrato de *factoring* internacional y su regulación en el Tratado Internacional UNIDROIT”, en GARCÍA VILLAYERDE, Rafael., *El contrato de factoring*, Madrid, Mac Graw Hill, 1999, pp. 175-234.

DE LOS MOZOS, José Luis., “El anteproyecto de Código Europeo de los contratos de la Academia de Pavía”, en Diario La Ley, nº 5, octubre de 2002, p. 1768-1776.

DE LOS MOZOS, José Luis Y DE CORES, Carlos., “Código europeo de contratos: Libro I: De los contratos en general, Libro II, Título I: De la Compraventa”, Academia de Pavía en *Biblioteca Iberoamericana de Derecho*, Madrid, ed., Reus, 2009, pp. 7-171.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, en *La Ley*, XXXIV, número 813, 31 de enero de 2013, 19 p.

DE SOUSA SANTOS BOAVENTURA, “Law: a map of misreading. Towards a postmodern conception of law”, *Journal of Law and Society*, nº 14, 1987, pp. 279 a 302.

DÍAZ DE LEZCANO, “La compensación en la Ley concursal: régimen general y excepciones” en *Libro Homenaje a M. Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 2637 y ss.

DÍEZ PICAZO, Luis.,

- Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones obligatorias, Tomo II, Madrid: Thomson - Civitas, 2008, pp.138 y ss.

DÍEZ PICAZO Luis, ROCA TRÍAS E. Y MORALES A. M, *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 2002, 529 p.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 806 y ss.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, pp. 237 y ss.

DROZ G.A.L.,

- “Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché común (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)”, Dalloz, París, 1972, pp. 56 y ss.

-“ La convention de San Sebastian alignant la convention de Bruxelles sur la convention de Lugano”, RCIP, vol. 79, 1990, pp. 1-21.

- <<Deledum est forum contractus?(vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l’article 5 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)>>, Recueil Dalloz, 1997, pp. 135 y ss.

DUTREY GUANTES, Yolanda., *El contrato internacional de factoring*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, pp. 368 p.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio., *Comentarios al Código Civil alemán*, Madrid, Marcial Pons, 1998, 720 p.

EIZAGUIRRE BERMEJO, José María., “Aspectos jurídicos del *factoring*”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año N° 10, N° 40, 1990, pp. 835-852.

EKELMANS, M., “Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, en *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Tomo I, Bruxelles, 1986, pp. 243-253.

ESPLUGUES MOTA, Carlos., “Compraventa internacional de mercaderías: los INCOTERMS 2010” en *Derecho del Comercio Internacional*, 5ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 217 y ss.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis.,

- Derecho mercantil internacional. Estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional, 2ª ed., Bogotá, Tecnos, 1993, pp. 51 y ss.

- *Derecho Mercantil internacional*, 2ª. ed., revisada y puesta al día, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 533-767.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos.,

- “El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea”, Homenaje al profesor Didier Opperti Badán, Montevideo, Fundación de cultura Universitaria, 2005, pp. 157-192.

- “Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados”, en *La unificación jurídica en Europa*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (J.M García Collantes, ed.), Madrid, Civitas, 1999, pp. 17-44.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S.; Derecho internacional privado, Madrid, Civitas, 2ª ed., 2001, pp. 108-109.

FERRARI, Franco.,

“The Uncitral Draft Convention on Assignment in Receivables Financing: Critical Remarks on Some Specific Issues”, *Private Law in the International Arena*, The Netherlands, 2000, pp. 179-196.

“Forum Shopping, despite International Uniform Law Conventions”, núm. 51, ICLQ, 2002, pp. 689-703.

FLESSNER, Axel., VERHAGEN, Hendrik., *Assignment in European Private International Law. Claims as property and the European Commission's "Rome I Proporsal"*, European Law Publishers, München, may 2006, 130 p.

FOUCHARD, F.,

- L'arbitrage commerciale international, Dalloz, Paris, 1965, 611 p.

- "La Loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international", JDI Clunet, 1987, pp. 861-900.

FRIGESSI DI RATTALMA, M., "Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma del 19 giugno 1980" en *RDIPP*, 1992, pp. 819-854.

FRIGNANI A., *Il contratto internazionale*, Milán, Cedam, 1990, pp. 31-33.

GALGANO, Francesco.,

- *Diritto Privato*, Quattordicesima edizione, Padua, CEDAM, 2008, pp. 415 y ss.

- "Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales" en *Revista de Derecho mercantil*, enero-marzo 2003, núm. 247, Madrid, p. 15.

GALLARDO RODRÍGUEZ, José., "El factoring como figura económico-financiera", en *Jornadas sobre factoring*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pp. 39-65.

GARAU SOBRINO, Federico, F., *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Normativa actual, antecedentes y jurisprudencia del TJUE*, Universitat de les Illes Balears, Primera edició, juny de 2014, 136 p.

GARCÍA CANTERO, G., Comentarios a los artículos 1526 y siguientes del Código Civil en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIX, Madrid, 1980, pp. 643 y 653.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *El contrato de factoring*, Madrid, Tecnos, 1990, 251 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier., *El contrato de factoring y cesión de créditos*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1995, 258 p.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil Español*, Vols. III y IV, Barcelona, 1973, pp. 429 y ss.

GARCÍA MANDALONIZ, Marta.,

- “La cesión de créditos en el comercio internacional: de nuevo, la necesidad del Derecho uniforme y la insuficiencia de las convenciones internacionales existentes”, en *CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, núm. 170, Marzo 2015, pp. 5-66.

- “La cesión de créditos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil: Adecuación a las exigencias de la moderna economía crediticia”, en *Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (texto mecanografiado remitido por la autora, en prensa) 31 p.

- *La financiación de las PYMES*, Navarra, Cizur Menor: Aranzadi, 2003, pp. 250-263.

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael., *El contrato de factoring*, Madrid, Mac Graw Hill, 1999, 605 p.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.,

- “La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso IBERDROLA vs. EDF”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 147-156.

- Derecho Internacional Privado, Civitas, Thomson Reuters, 2012, pp. 158 y ss.

- “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, vol. XLVII, REDI, 1995-II, pp. 11-41.

- “El Reglamento <<Roma I>> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?, en *Diario la Ley*, Nª 6957, Sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, Año XXIX, 25 p.

- “La racionalización económica del Derecho internacional Privado”, Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, Universidad del País Vasco, 2001, pp. 88-154.

- “España se adhiere al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980” en *REDI*, 1994, pp. 446-451.

- “Capítulo VI: Contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.), “Los contratos de distribución”, *La Ley monografía*, núm. 3, RCD, 2012, pp. 223-240.

- “The Rome I Regulation: Much ado about nothing?”, *The European Legal Forum*, 2-2008, pp. 61-80.

- “Las consecuencias contractuales de las sanciones económicas comunitarias, un modelo de análisis”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1992, pp. 221-235.

- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., HEREDIA CERVANTES, Iván., “La cesión de créditos: reflexiones sobre los problemas de ley aplicable” en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, Fascículo III, Julio-Septiembre 2003, BOE, Madrid, pp. 969-991.

- GARRIGUES, J., Curso de Derecho mercantil, 7ª ed., T. II, Madrid, Gráficas Aguirre, 1980, pp. 6 y ss.

GARRO Alejandro M., Rule-setting by private organizations, standardization of contracts, and the harmonization of international sales law”, en IAN FLETCHER, LOUKAS MISTELIS, MARISE CREMONA (eds.), Londres, Foundations and Perspectives of International Trade Law, Sweet & Maxwell 2001, pp. 23 y ss.

GARCÍA VICENTE, José R., “Comentario a la STS de 27 de junio de 2003” en *CCJC*, 2004, pp. 567-587.

GAUDEMONT-TALLON, H.,

- “Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano (1988 y 2007)”, 4ª. ed., en *LGDJ*, 2010, pp. 121 y ss.

GAVIDIA SANCHEZ, J.V.,

- *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos (Formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Valencia: Tirant lo blanch, 1993, pp. 22 y ss.

- *El crédito al consumo*, Valencia, , Tirant monografías, 1996, pp. 31-32.

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *Instituciones de Derecho Notarial*, Tomo II, Madrid, 1954, pp. 117 y 118.

GIMÉNEZ CORTE, CRISTIÁN., “Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el Mercosur” en *Derecho Privado y Globalización*, Tomo I, Bogotá, 2005, p. 59.

GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, trd. Esp. Volumen VI, número 85, Madrid, 1911, pp. 111 y ss.

GIULIANO, M., y LAGARDE, P., “Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en *DOCE* C 327/2 de 11 de diciembre de 1992, 47 p.

GLENN, H. Patrick., “The Ali/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudications?”, *Rev. dr. unif*, 2004, pp. 829 y ss.

GOLDMAN, B., “Frontieres du droit et lex mercatoria”, *Archives de Philosophie du droit*, vol. 9, 1964, pp. 46-69; ID., “La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage international: réalités et perspectives”, *JDI Clunet*, vol. 106, 1979, pp. 475-508.

GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen., *Efectos del conocimiento de la cesión en el derecho comparado y en el Draft Common of Reference*, V/Lex Global, 10 p.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro., MONTALBÁN, Juan Manuel., *Derecho Civil y Penal de España*, Tomo II, Madrid, imprenta de D.F. Sánchez, 1872, pp. 406 y ss.

GÓMEZ JENE, M., “Artículo 34” en ARIAS LOZANO (Coord.) *Comentario a la Ley de Arbitraje de 2003*, Navarra, Thomson, 2005, pp. 325-330.

GONZÁLEZ PACANOWSKA Isabel, *Los Principios Lando. Derecho contractual europeo*, Madrid, Bosch, 2009, pp. 179 y ss.

GOTHOT Pierre, HOLLEAUX Dominique.,

- La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE), París, Jupiter, 1985, pp. 121 y ss.

- La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE), la Ley, 1986; pp. 32-47.

GUTIÉRREZ., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Tomos IV y V, 3ª ed., Madrid, 1877 y 1878, pp. 120-124.

HANOTIAU, B., “La Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal des Tribunaux*, 1982, pp. 749-762.

HAROLD BERMAN, J., "The New Merchant and the old sources, content, and legitimacy" en *Lex mercatoria and Arbitration*, París, Transnational Juris Publications, 1990, pp. 7 y ss.

HAWKINS, David F., *The business of factoring*, Londres, MacGRAW-HILL, 1993, pp. 179 y ss.

HEINECCIO, J., *Elementos de Derecho Romano*, 2ª ed., Madrid, 1829, pp. 244 y ss.

HEISS, H., "Party Autonomy", en FERRARI, F., /LEIBLE, S., (eds.), *Rome I Regulation. The Law applicable to contractual obligations in Europe*, Selp, Munich, 2009, pp. 2 y ss.

HERNÁNDEZ FRAGA, Katiuska., "El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones", *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Núm. 6, junio 2012, pp. 27-46. En línea: <http://www.eumed.net/rev/rejie> (última consulta mayo 2014)

HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, A., "Los contratos internacionales de construcción <<llave en mano>>", en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., (Dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1766-1733.

HEUZÉ V., "De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple d l'article 5.1 de la covention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *RCDIP*, 2000, pp. 595 y ss.

HONNOLD JOHN, O., "Uniform Law and Uniform Trade Terms - Two Approaches to a Common Goal", en HORN & SCHMITTHOFF (eds.), *Transnational Law of International Commercial Transactions*, Kluwer, 1982, pp. 170-171.

HUC, Théophile., *Traité theorique et pratique de la cession et de la transmission des creances*, Tomo II, París, 1891, pp. 237 y ss.

IGLESIAS, J.,

-Derecho Romano, Madrid, Ariel, 2004, 322-323.

- Derecho Romano, Madrid, Ariel, 6ª ed. Revisada, 1972, p. 523.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael Y PERALES VISCASILLAS, Pilar., *Derecho Mercantil Internacional y el Derecho Uniforme*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003, pp 72-89.

INFANTE RUIZ, J.,

- “Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución”, *RdPat*, 2002-1, núm. 8, pp. 153-171.

- “Entre lo político y lo académico: Un Common Frame of Referente de derecho privado europeo” en *Indret*, 2/2008, abril 2008, Barcelona, pp. 12 y ss.

IRTI, Natalito., *L'étà della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 162 y ss.

JACQUET, J. M.,

- “Retour sur la règle de conflict de lois en matière de contrats”, *JDI Clunet*, 1991, pp. 679-698.

- “Contracts”, *Repetoire Dalloz Droit internacional*, Paris, 1998, PP. 1-50.

- “L’incorporation de la loi dans le contrat”, *TCFDIP*, 1993/1995, pp. 23-39.

JAYME, E., “La ubicación del artículo 5 en el sistema del Convenio. La competencia en materia contractual”, en *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa, Ponencias al coloquio relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal Europeo de Justicia en la perspectiva del Espacio Judicial Europeo, Luxemburgo, 11 y 12 de marzo de 1991*, Pamplona, 1993, pp. 84 y ss.

JIMÉNEZ MANCHA, *La compensación del créditos*, Madrid, Edersa, 1999, pp. 509 y ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, “Sobre la cesión de créditos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 653, 1999, pp. 1307 y ss.

JORDANO FRAGA, “Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesorio en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1999, pp. 1307 y ss.

JÖRS, P., KUNKEL., *Derecho privado romano*, ed. refundida por W. Kunkel de la 2ª ed. alemana, traducida por L. PRIETO CASTRO, 1937, pp. 293 y ss.

JUENGER, F.K.,

- “American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant”, *Vanderbilts Journal of Transnacional Law*, 1995, pp. 487-501.

“The Lex mercatoria and private internacional law”, *Unif. Law Review*, 2000-I, pp. 171-187.

KAHN PH.,

- “La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises”, *RIDC*, vol. 33, 1981, pp. 951-986;

- “Les principes généraux droit devant les arbitres du commerce internacional”, *JDI Clunet*, 1989, pp. 305-327.

KASSIS, A., *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, PP. 360-368.

KAYE P.,

- Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments, Professional Books, Abingdon, Oxon, 1987, pp. 79-82.

- *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, pp. 188-191.

KENFACK, H., “Le Règlement (CE) núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 2-39.

KOETZ, Hein., “Rights of third parties. Third Party Beneficiaries and Assignment”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, 1992, pp. 58 a 91.

KOHLER CH., “Las Competencias especiales del artículo 5: generalidades y competencias en materia contractual”, *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 59.

LABARIEGA VILLANUEA., Pedro Alfonso., “La Convención de Unidroit sobre factoring internacional” en *Revista de derecho privado*, Año 7 número 19, enero-abril 1996, México, Mc Graw Hill, pp. 105-121.

LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Barcelona, 1974, pp. 142 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F DE A., DELGADO ECHEVERRÍA J., RIVERO, F., *Elementos del Derecho Civil*, tomo II, vol. 1º, 2ª ed., Barcelona, 1985, pp. 298 y ss.

LAGARDE, P.,

- “Approveche critique de la lex mercatoria”, Études B. Goldman, París, Litec, 1982, pp. 125-150.
- “Le nouveau droit internacional privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, RCDIP, 1991, pp. 287-340.
- “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, RCDIP, 2006, pp. 331-349.
- “Le dépeçage dans le droit internacional privé des contrats”, en RDIPP, vol. XXX, 1975, pp. 649-677.

LAGARDE, P., TENENBAUM, A., “De la convention de Rome au règlement Rome I”, RCDIP, 2008, pp. 727-780.

LAMARCA I MARQUÉS, Albert,

- *Entra en vigor la llei de modernització del dret alemany d’obligacions*, Barcelona, Gener, 2002, 9 p. (www.indret.com) Última consulta febrero 2014.
- *La modernització del dret alemany d’obligacions: la reforma del BGB*, Barcelona, Abril 2001, 10 p. (www.indret.com) Última consulta febrero 2014.

LANDO, O.,

- “The Lex mercatoria in InternationalCommercial Arbitration”, ICQL, vol. 34, 1985, pp. 747-768.
- “Lex mercatoria 1985-1996”, FS-Strömholm, Uppsala, 1997, pp. 567-584.

LANDO Ole y BEALE Hugh.,

- Principios del Derecho contractual europeo, Parte III, ed. española por BARRES BENLLOCH, Pilar., EMBID IRUJO, José Miguel., MARTÍNEZ SANZ, Fernando., Madrid, Colegios Notariales de España, 2007, pp. 132 y ss.

- *The Principles of European Contract Law*, Part I, II, III, 2002, pp. 35-39.

LANDO, O., NIELSEN, P.A., “The Rome I Regulation”, en *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725.

LARENZ, Karl., Derecho Civil. Parte general, traducción y notas de MIGUEL IZQUIERDO Y MACÍAS-PICAVEA, Madrid, Derecho Reunidas, 1978, pp. 370 y ss.

LEIBLE S., “El significado de los “Principios de Unidroit” para la seguridad jurídica en el comercio internacional”, *Derecho de los negocios*, nº 108, 1999, pp. 11-20.

LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A., KRÖLL, S.M., *Comparative Internacional Comercial Arbitration*, Kluwer, The Hague/London/New York, 2003, p. 454.

LOJENDIO OSBORNE, Ignacio., “Proyecto de convención internacional sobre cesión de créditos” en *Estudios de Derecho Mercantil Libro Homenaje al Profesor JUSTINO F. DUQUE*, Universidad de Valladolid, 1998, pp. 1251-1263.

LÓPEZ ORTEGA, “La compensación en el concurso, estudios sobre la Ley Concursal” en *Libro Homenaje a M. Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 2853 y ss.

LOZANO RAMÍREZ, Antonio., “El contrato de *factoring*: especial referencia a la cesión de créditos”, en *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, Número XXX-1997, Madrid, Real Colegio Universitario <<El Escorial-Maria Cristina>> , pp. 146-166.

LURGER, B., Assignment of claims, Tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo, Tirant Monografías, 2005, p. 144 y ss.

MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., “The Green Paper on a Future Rome I Regulation- On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenshft*, 2004, nº. 103, pp. 131-189.

MANKOWSKI, P.,

- <<Art. 5.1>> en MANKOWSKI, P., MAGNUS, U., (Eds.), Commentary on Brussels I Regulation, München, Sellier European Law Publishers, July 2007, pp. 77-167.

- “Überlegungen zur sach-und interessengerechten Rechtswahl in Verträgen des internationalen Wirtschaftsverkehrs”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2003, pp. 2-13.

- “The Principle of Charanteristic Performance Revisited Yet Again”, en BOELEWOELKI, K., EINHORN, T., GIRSERBERGER, D., SYMEONIDES, S., *Convergence and Divergence in Private Internacional Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Ed. Eleven International Publishing/Schulthess Verlag, 2010, pp. 434-462

MANN F.A., “The proper law in the conflict of laws”, *ICLQ*, vol. 36, 1987, pp. 437-451.

MANRESA NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, tomo X, Madrid, 1905, pp. 340 y ss.

MARMISSE, Anne, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, 2000, Pulim, 509 p.

MARRELLA, F., “Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento <<Roma I>>”, en FRANZINA, P., (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento<<Roma I>>-Atti della*

giordata di studi- Rovigo, 31 marzo 2006, Padova, 2006, pp. 28-40, Vid en concreto la p. 36.

MATTOUT, Jean-Pierre., “Cessions Internacionales de Créances Projet CNUDCI: État des Linux”, *Revue de Droit Bancaire et de la bourse*, nº 75, Septembre/Octobre 1999, pp. 165-168.

MAYER, P., HEUZÉ, V., *Droit International privé II*, Paris, 1983, pp. 257-354.

MESSINEO, Francesco., *Manual de Derecho civil y comercial. Doctrinas generales*, Tomo II, 1979. Traducción por SANTIAGO SENTIS MELENDO, pp. 259 y ss.

MIAJA DE LA MULA, A., *Derecho Internacional Privado II* (revisada por BOUZA VIDAL, N.,), 10ª ed., Madrid, Atlas, 1987, pp. 292-317 y 336-364.

MIGUEL DE ASENCIO de P.A., “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Dir. comm. int.*, vol. XII, 1998, pp. 859-883.

MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 284-285.

MORÁN BOVIO, David.,

- “La cesión de créditos en *CARIT*: *Preámbulo y Título*”, en, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos., OLEO BANET, Fernando., MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora., (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS*, Dialnet, 2010, pp. 1395-1423.

“La internacionalidad en la cesión de créditos cubierta por *CARIT*”, en, GÓMEZ SEGADA, José Antonio., GARCÍA VIDAL, Ángel., OLIVENZA RUIZ, Manuel., (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: Libro homenaje al Profesor Dr. Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Dialnet, 2010, pp. 621-636.

MOSHINSKY., “The Assignment of Debt in the Conflict-of-Laws”, LQRev., 1992, pp. 591 y ss.

MOURRE A.,

- <<Trente ans après la convention de Bruxelles: bilan et perspectives de la jurisprudence concernat la détermination de la juridiction compétente en matière contractuelle>>, RDAI, 1999, pp. 385-409.

- <<La communitarisation de la coopération judiciaire en matière civile>>, RDAI, 2001-6, pp. 700-792.

MUICIUS SCAEVOLA, Q.,

- *Código Civil concordado y comentado*, Tomo XXIII, 2ª ed., Madrid, 1906, pp. 903 y ss.

MUÑOZ GONZÁLEZ, A.J., “La cesión de créditos como medio de financiación del consumo” (En línea) <http://www.iuristantum/cesion.htm>, p. 1 y ss (última consulta mayo 2014)

NAVARRO PÉREZ, José Luis.,

- *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, 2ª ed., Córdoba, Ibarra de Arce, 1998, pp. 45 y ss.

- “Responsabilidad y garantía en la cesión de créditos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, pp. 287 y ss.

NIBOYET, J. P., Principio de Derecho Internacional Privado (selección de la segunda edición francesa del manual de PILLET A., y de NIBOYET J.P.), México, Editora Nacional s.n.e, Traducción por ANDRÉS RODRÍGUEZ RAMÓN, 1942, pp. 692 y ss.

OLIVENZA RUIZ, Manuel., “Nacionalidad e internacionalidad del derecho mercantil”, *Discurso leído el 16 de Mayo de 1993 en el acto de su recepción pública en la Real Academia Sevillana de legislación y jurisprudencia*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, pp. 7-55.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia., “Repercusiones del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en los sistemas autónomos: excesos y carencias”, en *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº 6, 2006, pp. 481-502.

OVIEDO ALBÁN, Jorge., “La Ley aplicable a los contratos internacionales”, en *Rev. Coloma. Derecho Int. Bogotá*, Nº 21, 117-157, julio-diciembre 2012, Colombia, pp. 118-157.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO., María Concepción., “Avances en la aplicación de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes”, en *Cuadernos de derecho transnacional* (Marzo 2014), Vol. 6, Nº 1, pp. 253-268.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando., “La cesión de créditos” en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 1308 y ss.

PANTOJA y LLORET., *Ley Hipotecaria comentada y explicada*. Tomo 1º, 1861, pp. 5 y ss.

PARRA LUCÁN, *El jurista español ante la compensación de créditos*, Aranzadi Civil número 4, 2005, pp. 398 y ss.

PELICHET, Michel., “Note on the law applicable to assignment in receivables financing”, *Commissipn des Nations Unies pour le droit comercial internacional*, Document préliminaire Nº 13, d’août 1996, pp. 196-201.

PERALES VISCASILLAS, Mª Pilar., “El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los principios Unidroit (Ámbito de aplicación y Disposiciones generales)”, *RDM*, nº 223, 1997, pp. 221-297.

PÉREZ GONZALEZ Y ALGUER, *Comentarios a ENNECERUS: Derecho de obligaciones*, Tomo II, vol. 1º, p. 403 y ss.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-2º, Contratos en particular, Segunda edición revisada y ampliada, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 227 y ss.

QUINTANA ORIVE, Elena., BLANCH NOUGUÉS, José María., “Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*”, en *Revue internationale des droits de l’antiquité*, N° 45, 1998, pp. 321-353.

RADICATI DI BROZOLO, L., SALERNO, F., “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en FRANZINA, P., (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento<<Roma I>>-Atti della giornata di studi-Rovigo*, 31 de marzo 2006, Padova, 2006, pp. 1-8.

REDONDO TRIGO, Francisco., “De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia el nuevo *ius commune*” en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, Fascículo IV, Octubre-diciembre, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2010, pp. 1644-1682.

REMIRO BROTONS, A., “Artículo 10.5 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 289 y ss.

REPRESA POLO, Mª Patricia.

- *La cesión de créditos: Eficacia entre las partes y respecto a terceros*, Madrid, Colección de estudios jurídicos, 2011, pp. 58 y ss.

- “Eficacia de la cesión frente al deudo cedido: las condiciones del pago liberatorio”, INDRET, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Mayo 2009, p. 3 y ss.

REQUEJO ISIDRO, Marta.,

- “Tessilli y Concorde, de Bloos y Lethertex, o la determinación del lugar de ejecución de la (s) obligación (es) que da (n) base a la demanda: un tribunal de justicia de las Comunidades Europeas *fiel a sí mismo*, veintitrés años después”, *la Ley*, núm. 1, 2000, D-7, pp. 1549 y ss.

- *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Estudios de Derecho Internacional Privado: Universidad de Santiago de Compostela, 2002, 281 p.

- “La cesión de créditos y el derecho doméstico” en *La cesión de créditos en el comercio internacional*, de Conflicto Legvm, Estudios de Derecho Internacional Privado, núm. 5, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pp. 36 y ss.

REZONICO, Luis María., *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, tomo I, compraventa, 2ª ed., Roque de Palma, Buenos Aires, 1958, pp. 549 y ss.

RIGAUX F., “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers de droit européen*, vol. XXIV, 1988, pp. 306-321.

ROCA SASTRE, Ramón María., *Derecho hipotecario*, Tomo IV, 5ª ed., Barcelona, 1945, pp. 870 y ss.

ROCA SASTRE Y ROCA MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 106 y ss.

RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS., “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 497-534.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano.,

- “Reconocimiento de la lex mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional” en *Revist@e-Mercatoria*, Vol. 11, Número 2 (julio-diciembre 2012), pp. 48 y ss (última consulta noviembre 2013).

- “Los nuevos términos comerciales INCOTERMS (versión 2010) y su aplicación por el Derecho colombiano” en *Revist@ e- Mercatoria*, vol. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 18 y ss.

RODRÍGUEZ RODRIGO Juliana.,

- “El factoring internacional y su calificación”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, p. 606 y ss.

- *Contratos internacionales de distribución comercial*, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER., (Dirs.), *Derecho Transnacional*, Granada, Comares, 2013, 275 p.

ROMERO MATUTE, Blanca., “Duplicidad de sistema de reintegración de la masa activa en las operaciones de cesión de créditos” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 4347-4386.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ., M^a Ángeles., “Una nueva fórmula para la supresión del *exequátur* en la reforma del reglamento Bruselas I”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), Vol. 6, N^o 1, pp. 330-347. En línea <http://www.uc3m.es/cdt> (última visualización Diciembre 2014)

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2008, pp. 541 y ss.

SALERNO, F.,

- “Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001”, CDT, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 5-25.

- “L’incidenza del diritto applicabile nell’accertamento del forum destinatae solutionis”, RDIPP, 1995, pp. 76-121.

- “La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita”, RDIPP, 2010, pp. 381-394.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando., “El contrato de factoring en el Convenio Internacional de 1988”, en *Jornadas sobre Factoring*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992, , pp. 19-31.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Maria Ángeles.,

- “Contrato internacional de *factoring*” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003, pp. 301-316.

- “El contrato de *factoring*” en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis., *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 960-1015.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada., “La unificación del Derecho Privado Europeo: Los Principios de Derecho Contractual Europeo de la Comisión Lando” en SÁNCHEZ LORENZO Sixto Y ESCUDERO Moya Mercedes (eds.), *La Cooperación Judicial en materia Civil y la Unificación del Derecho Privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 235-262.

SANCHO TELLO, Vicente, *Redacción de instrumentos públicos*, lib. II, 1930, Valencia, pp. 173 y ss.

SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier.,

- “La regulación internacional sobre la cesión de créditos”, en *Contratos para la financiación y garantía del comercio internacional*, 1ª ed., Navarra, Aranzadi, 2008, pp. 76-175.

- “La cesión de créditos en las transacciones internacionales”, en *Contratos para la financiación y garantía del comercio internacional*, 1ª ed., Navarra, Aranzadi, 2008, pp. 76-145.

SANTOS BRIZ, J., “Las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales en el nuevo Título Preliminar del Código Civil”, en *D.J.*, 1974, pp. 1370-1392.

SARAVALLE, A., “Clausola con scelta variabile e convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, 1995, pp. 17-30.

SCHACK, H., “La (indebida) abolición de los procedimientos de exequátur en la Unión Europea”, en *AEDIPr*, 2009, pp. 61 y ss.

SCHLOSSER, P., “The abolition of exequatur proceedings, including Public Policy Review?”, *IPrax*, 2010, pp. 101 y ss.

SCHMITTHOFF, C.M.,

- “International Trade and Private International Law”, *Festschrift für H. Dölle*, vol. II, Tübingen, Mohr, 1963, pp. 261-280.

- “Das neue Recth Des Welthandels”, *Rabelsz*, 1964, pp. 47-7.

- “Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions”, en *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, vol. II, Deventer, pp. 19-31.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio., *Comentario del Código Civil*, Libro IV, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 498-516.

SIGMAN, Harry C., and SMITH Edwin E., “The Draft UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade: A Summary of the Key Provisions as Completion Draws Near”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, winter 2001, pp. 345-346.

SIRVENT GARCÍA, Jorge., “La acción subrogatoria”, *Boletín Oficial del Estado*, 1997, 298 p.

STRAUSS, S., *Regulatory framework for factoring*, United Status Agency for International Development (USAID), Technical Report n1 27, december 22, 2005, pp. 39-56.

TORSELLO, M., *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions (A Comparative Study Beyond the 1980 Uniform Sales Law)*, München, 2004, pp. 95 y ss.

TRUJILLO DÍEZ, IVAN JESÚS., “Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a la Ley Concursal*, pp. 625 y ss.

URIONABARRENETXA ZABALANDKOETXEA, Sara., BAÑALES MALLO, Amaia., GARCÍA MERINO, José Domingo., “Relación entre la globalización financiera y el crecimiento de la economía real: una revisión bibliográfica”; *Revista de economía mundial*, nº 22, 2009, pp. 221-246.

VAQUER, Antoni., *La tercera parte de los principios del derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant monografías, 2005, 675 p.

VIRGÓS SORIANO, M.,

- “Lex Mercatoria” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, pp. 3992-3994.

- “Obligaciones contractuales” en DE CAMPOS, J.D., *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 143-230.

- “Artículo 10.5 C.c.” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., dirigido por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Tomo I, Vol. II, Madrid, Edersa, 1995, pp. 609-694.

- Artículo 10.10 C.c.” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., dirigido por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART., S., Tomo I, Vol. II, Madrid, Edersa, 1995, pp. 769-788.

- Artículo 10.5 C.c.” en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 116-121.

- “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, vol. III, Madrid, Civitas, 1986, pp. 623 y ss.

VIRGÓS SORIANO M., y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.,

- *Derecho Procesal Civil Internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 87 y ss.

- *Derecho Procesal civil internacional, Litigación Internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007, p. 153 y ss.

VISCHER, F., “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *E Pluribus Unum/Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520.

VITA, E., “La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l’ordenamento italiano”, *RDIPP*, vol. XVII, 1981, pp. 837-852.

VON BAR, Christian., ¿Desde el Proyecto del marco común de referencia hacia un reglamento?, *El Notario del SXXI*, julio-agosto, número 32, 2010 (www.elnotario.es), última visualización enero de 2010.

VON BAR, Christian., CLIVE, Eric., SCHULTE-NÖLKE, Hans., *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law*, Sellier, European Law , Munich, Publishers, GmbH, 2009, 648 p.

VON THUR, Tratado de las obligaciones, Tomo I, Madrid, Reus, 1934, pp. 492 y ss.

WALSH, Catherine, “Receivables Financing and the Conflicts of Laws: The UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in Internacional Trade”, *Dickinson Law Review*, vol. 106: 1, 2001, pp. 159-204.

WENGLER, W., <<Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie”, *Z.Vgl.R. Wiss.*, 1941, pp. 168-212.

ZORRILLA, SALGADOR, Juan Pablo., “Globalización, incertidumbre y riesgo” en *Intangible Capital*, Nº 9, Vol. I, Julio-Septiembre 2005, 17 p.

JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2002 de 11 de febrero (RTC 2002/33)

Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1980 (RJ 1980/2726)

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1983 (RJ 1983/3682)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1985 (RJ 1985/169)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1990 (RJ 1990/1116)

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1992 (RJ 1992/3036)

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1993 (RJ 1993/6001)

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1994 (RJ 1994/9428)

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1997 (RJ 1997/1638)

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998/8554)

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10009)

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1999 (RJ 1999/1054)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000 (RJ 2000/226)

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2001 (RJ 2001/6477)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2001 (RJ 2001/6668)

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002 (RJ 2002/7178)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2002 (RJ2003/305)

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003/938)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2003 (JUR 2003/74059)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004 (RJ 2004/1811)

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004 (RJ 2005/1056)

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2005 (RJ 2005/776)

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2005 (RJ 2005/4521)

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7156)

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005/8153)

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006/8405)

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9907)

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007/648)

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2007 (RJ 2007/4698)

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007/6815)

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2008 (RJ 2008/5810)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014/1066)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014 (RJ 2014/2831)

Autos del Tribunal Supremo

Auto del Tribunal Supremo Sala de lo Social de 11 de junio de 2002 (RJ 2002/7802)

Auto del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 2008 (RJ 2008/4488)

Sentencias de Audiencias Provinciales

Albacete

Sentencia de Audiencia Provincial de Albacete de 15 de junio de 2011 Auto núm. 45/2011 (JUR 2011/279236)

Barcelona

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de marzo de 2004 (JUR 2004/119202)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2006 (AC 2007/497)

Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de septiembre de 2011, Auto núm. 116/2011 (JUR 2011/402868)

Bizkaia

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 11 de octubre de 2006 (JUR 2007/99716)

Guadalajara

Sentencia de Audiencia Provincial de Guadalajara de 20 de septiembre de 2011, Auto núm. 63/2011 (JUR 2011/39764)

Granada

Sentencia de Audiencia Provincial de Granada de 23 de febrero de 2007 (JUR 2007/74609)

Madrid

Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid de 27 de junio de 2003 (JUR 2003/248576)

Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid Sala de lo Social, de 18 de julio de 2005 (As 2005/2905)

Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid de 3 de mayo de 2006 (AC 2006/923)

Málaga

Sentencia de Audiencia Provincial de Málaga de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/139815)

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

Cataluña

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de mayo de 2007 (JUR 2007/303505)

Galicia

Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, Sala de lo Social de 26 de abril de 2004 (AS 2004/3077).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia Sala de lo Social de 20 de octubre de 2005 (AS 2006/219)

Madrid

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Social de 20 de febrero de 2002 (JUR 2002/136185)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Social de 21 de septiembre de 2004 (AS 2004/2756)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 16 de noviembre de 2004 (AS 2004/3611)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de julio de 2005 (AS 2005/2905)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 20 de diciembre de 2005 (AS 2006/606)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 13 de febrero de 2006 (AS 2006/859)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de febrero de 2006 (RJ 2006/9907)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 28 de febrero de 2006 (JUR 2006/118738)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 21 de septiembre de 2006 (AS 2006/3051)

Autos Tribunal Superior de Justicia

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 29 de marzo de 1999 (AS 1999/1339)

Sentencias de Audiencias Provinciales

Madrid

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 2014 (AC 2014/644)

Autos de Audiencias Provinciales

Barcelona

Auto de Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de julio de 2008 (JUR 2008/315388)

Auto de Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia de 17 de marzo de 2010
Auto núm. 72/2010 (AC 2010/442)

Santa Cruz de Tenerife

Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 8 de julio de 2011, Auto número 88/2011 (JUR 2011/412783)

Tarragona

Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de octubre de 2004 (AC 2005/838)

Zaragoza

Auto de Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de octubre de 2007 (JUR 2007/325031)

Sentencias de Tribunales de Primera Instancia

Madrid

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, num. 44, Sentencia número 193/2003 de 24 de septiembre de 2003 AC 2003/1474

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

STJCE de 6 de octubre de 1976 *Tessili*, as. C-12/76.

STJCE de 6 de octubre de 1976, *De Bloos* as. C-14/76

STJCE de 14 de octubre de 1976, *Eurocontrol* as. C-29-76

STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Bier* as. C-21-76

STJCE de 14 de diciembre de 1976 *Segoura*, as. C-25/76

STJCE de 9 de noviembre de 1978 *Meeth*, (as. C- 23/78)

STJCE de 22 de noviembre de 1978, *Somafer* as. C-33/78

STJCE de 22 de febrero de 1979 *Gourdain*, as. C-133/78

STJCE de 27 de marzo de 1979 *de Cavel*, as. C-143/78

STJCE de 13 de noviembre de 1979 *Sanicentral*, as. C-25/79

STJCE de 17 de enero de 1980 *Zelger*, as. C-56/79

STJCE de 16 de diciembre de 1980, *Nederlanden* as. C- 814/79

STJCE de 24 de junio de 1981 *Elefanten*, as. C- 150/80

STJCE de 4 de marzo de 1982 *Effër*, as. C-38/81

STJCE de 26 de mayo de 1982, *Ivenel* as. C-133781

STJCE de 22 de marzo de 1983, *Peters* as. C-34/82

STJCE de 14 de julio de 1983 *Gerling*, as. C- 201/82

STJCE 19 de junio de 1984 *Russ*, as. C-71/83

STJCE de 7 de marzo de 1985 *Spitzley*, as. C-48/84

STJCE de 11 de julio de 1985, *Berghoefer* as. C-221/84

STJCE de 11 de noviembre de 1986 *Iveco Fiat*, as. C-313/85

STJCE de 15 de enero de 1987, *Shenavai* as. C-266/85

STJCE de 9 de diciembre de 1987, *Schotte* as. C-218/86

STJCE de 8 de marzo de 1988, *Arcado* as. C-9/87

STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis* as. C-189/87

STJCE de 15 de febrero de 1989, *Six Constructions* as. C-32/88

STJCE de 25 de julio de 1991 *Rich*, as. C-190/89

STJCE de 10 de marzo de 1992 *Duffryn*, as. C- 214/89

STJE de 26 de marzo de 1992 *Dresdner II*, as. C-261/90

STJCE de 17 de junio de 1992, *Handte* as. C-26/91

STJCE de 21 de abril de 1993, *Sonntag* as. C-172/91

STJCE de 13 de julio de 1993 *Mulox IBC Ltd*, as. C-125/92

STJCE de 28 de marzo de 1995, *Benson*, as. C-346/939

STJCE 6 de abril de 1995, *Lloyd's* as. C-439/93

STJCE 9 de enero de 1997, *Rutten* as. C- 383/95

STJCE de 20 de febrero de 1997 *MSG*, as. C-106/95

STJCE de 27 de octubre de 1998, *Reunión* as. C-51/97

STJCE de 17 de noviembre de 1998 *Van Uden*, as. C-391/95

STJCE 16 de marzo de 1999 *Castelletti*, as. C-159/97

STJCE de 28 de septiembre de 1999 *Concorde*, as. C-440/97

STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade* as. C-369/96 y as. C-376/99

STJCE de 27 de enero de 2000, *Dansommer* as. C-8/98

STJCE de 13 de julio de 2000 *Josi*, as. C-412/98.

STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar vs. Eaton* as. C-381/98

STJCE de 9 de noviembre de 2000 *Coreck*, as. C-387/98.

STJCE de 19 de febrero de 2002, *Besix* as. C-256/00

STJCE de 27 de febrero de 2002 *Weber* as. C-37/00

STJCE de 1 de octubre de 2002, *Henkel* as. C-167/00

STJCE de 14 de noviembre de 2002, *Baten* (as. C-271/00)

STJCE de 14 de noviembre de 2002 *Steenbergen*, as. C- 814/79

STJCE de 10 de abril de 2003 *Pugliese* as. C-437/00

STJCE de 15 de mayo de 2003 *Preservatrice*, as. C- 266/01

STJCE de 1 de marzo de 2005, *Owusu* as. C-281/02

STJCE de 8 de septiembre de 2005, *Blanckaert* as. C-512/03

STJUE de 15 de febrero de 2007 *Lechouritou*, as. C-292/05

STJCE de 2 de octubre de 2008, *Hassett* as. C-372/07

STJCE de 23 de abril de 2009, *Falco* as. C- 533/07

STJCE 28 de abril de 2009 *Apostolides*, as. C-420/07

STJUE de 2 de julio de 2009 *SCT Industri*, as. C-111/08

STJCE de 9 de julio de 2009 *Air Baltic*, as. C-204/08

STJCE de 6 de octubre de 2009, *Intercontainer Intertrigo*, as. C- 133/08

STJCE de 25 de febrero de 2010 *Car Trim GmbH*, as. C-381/08

STJCE de 4 de mayo de 2010 *TNT Express*, as. C-533/08

STJUE de 9 de junio de 2011, *Electrosteel*, as. C-87/10

STJUE de 18 de octubre de 2011, *Realchemie*, as. C-406/09

STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypoteční banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, as. C-327/10

STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Painer* as. C-45/10

STJUE de 15 de marzo de 2012 *Cornelius de Visser*, as. C-292/10